

University of Groningen

Het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht

van Luijk, Eva Helena Adriana

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Luijk, E. H. A. (2015). *Het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht: Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het EVRM*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. Rijksuniversiteit Groningen.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het schuldbeginstel in het Nederlandse strafrecht

Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het
Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het
EVRM

E.H.A. van Luijk

Cover: Majken Enequist

Lay-out en druk: Ridderprint BV, Ridderkerk - www.ridderprint.nl

ISBN: 978-90-367-8186-2 (gedrukte versie)

ISBN: 978-90-367-8185-5 (digitale versie)

Alle rechten voorbehouden © E.H.A. van Luijk 2015



**rijksuniversiteit
 groningen**

Het schuldbeginstel in het Nederlandse strafrecht

Een verkenning aan de hand van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, de kentekenaansprakelijkheid en het EVRM

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 12 november 2015 om 14.30 uur

door

Eva Helena Adriana van Luijk
geboren op 22 november 1983
te Delft

Promotor

Prof. mr. B.F. Keulen

Copromotor

Mr. dr. E. Gritter

Beoordelingscommissie

Prof. mr. H.D. Wolswijk

Prof. mr. W.H. Vellinga

Prof. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen

Inhoudsopgave

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| Hoofdstuk 1 Inleiding | 13 |
| 1. Aanleiding | 13 |
| 2. Het Nederlandse schuldbeginsel; inleidende opmerkingen | 15 |
| 3. De onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM; inleidende opmerkingen | 18 |
| 4. Probleemstelling en plan van aanpak | 19 |
| Hoofdstuk 2 Introductie van het Franse strafrecht van begin negentiende eeuw | 25 |
| 1. Historische en maatschappelijke context van de Franse wetboeken | 25 |
| 2. Het materiële Franse strafrecht: de Code pénal uit 1810 | 29 |
| 2.1. Aanloop naar de Code pénal | 29 |
| 2.2. Systematiek van de Code pénal | 31 |
| 2.2.1. De indeling van de strafbare feiten | 31 |
| 2.2.2. Het eerste en derde boek van de Code pénal | 32 |
| 2.2.3. Het tweede boek van de Code pénal | 35 |
| 2.2.4. Het vierde boek van de Code pénal | 38 |
| 3. Het Franse strafprocesrecht: de Code d'instruction criminelle uit 1808 | 40 |
| 3.1. Inleiding | 40 |
| 3.2. Het vooronderzoek | 42 |
| 3.3. Het tweede boek van de CIC | 47 |
| 3.3.1. Inleiding | 47 |
| 3.3.2. De procesgang | 49 |
| 4. Afronding | 56 |
| Hoofdstuk 3 De ontwikkeling van schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het Franse strafrecht in de negentiende eeuw | 57 |
| 1. Inleiding | 57 |
| 2. De jury en de <i>culpabilité</i> | 58 |
| 2.1. Wettelijk kader | 58 |
| 2.2. Betekenis van het begrip ' <i>coupable</i> ' in enkele arresten | 68 |
| 2.2.1. Inleiding | 68 |

| | | |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.2.2. | Toelichting op de strafbaarstellingen van stelen in de Code pénal | 68 |
| 2.2.3. | De zaak Bailly | 69 |
| 2.2.4. | De zaak Cadart | 71 |
| 2.2.5. | De zaak Bréant | 73 |
| 2.2.6. | De zaak Lejeal | 74 |
| 3. | De gronden voor verschoning (<i>faits d'excuse</i>) | 76 |
| 3.1. | Inleiding | 76 |
| 3.2. | Wettelijk kader | 76 |
| 3.3. | Twee soorten gronden voor verschoning | 79 |
| 3.4. | De excuses atténuantes | 80 |
| 3.5. | De excuses péremptoires | 83 |
| 3.5.1. | Dwingende gronden voor verschoning | 83 |
| 3.5.2. | Artikel 64 CP | 85 |
| 3.5.3. | De waanzin (<i>démence</i>) | 87 |
| 3.5.4. | De overmacht (<i>force majeure</i>) | 92 |
| 4. | De doctrine over de voorwaarden voor strafbaarheid | 95 |
| 4.1. | De structuur van het strafbare feit | 95 |
| 4.1.1. | Barris: <i>les éléments de l'infraction</i> | 95 |
| 4.1.2. | Merlin | 98 |
| 4.1.3. | De <i>matérialité</i> als basis voor aansprakelijkheid | 101 |
| 4.2. | Naar een théorie du droit pénal | 102 |
| 4.2.1. | Introductie Rossi en Traité de droit pénal | 102 |
| 4.2.2. | Schuld en toerekenbaarheid volgens Rossi | 106 |
| 4.2.3. | Nadere uitwerking | 108 |
| 4.2.4. | Schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het modelstrafrecht van Rossi | 116 |
| 5. | Ter afsluiting: schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het Franse strafrecht en de doctrine | 117 |
| | Hoofdstuk 4 Schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in de Nederlandse toepassing van de Code pénal na 1813 | 119 |
| 1. | Inleiding | 119 |
| 1.1. | Plaatsbepaling en plan van aanpak | 119 |
| 1.2. | Historische achtergrond | 120 |
| 2. | Nederlandse wijzigingen van de Franse strafwetten | 121 |
| 2.1. | Inleiding | 121 |

| | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.2. | Het Souverein Besluit van 11 december 1813 | 122 |
| 2.3. | Het Wetboek van Strafvordering 1838 | 126 |
| 2.4. | Opinie in Nederland over de (gehandhaafde) Franse strafwetgeving | 128 |
| 3. | De toepassing van de Code pénal in Nederland | 132 |
| 3.1. | Inleiding | 132 |
| 3.2. | Waanzin en jeugdige leeftijd | 133 |
| 3.2.1. | Inleiding | 133 |
| 3.2.2. | De zaak Bosman | 133 |
| 3.2.3. | Het zakje zout | 135 |
| 3.3. | Overmacht en dwaling | 138 |
| 3.3.1. | Inleiding | 138 |
| 3.3.2. | Een gat in de dijk | 139 |
| 3.3.3. | Dwaling | 142 |
| 3.4. | De aansprakelijkheid voor overtredingen | 143 |
| 3.4.1. | Inleiding | 143 |
| 3.4.2. | Dwaling met betrekking tot de feiten | 144 |
| 3.4.3. | Dwaling ten aanzien van het recht | 152 |
| 3.4.4. | Het verweer dat de overtreding niet te vermijden was | 159 |
| 3.5. | Verzachtende omstandigheden | 163 |
| 3.6. | Afsluitende opmerkingen | 167 |
| 4. | Van Deinse. De ontwikkeling van de Nederlandse doctrine | 170 |
| 4.1. | Inleiding | 170 |
| 4.2. | Auteur en werk | 171 |
| 4.3. | Het misdrijf | 172 |
| 4.3.1. | Inleiding | 172 |
| 4.3.2. | De toerekenbaarheid van het misdrijf | 173 |
| 4.3.3. | Het ontbreken van toerekenbaarheid | 174 |
| 4.3.4. | De mate van schuld | 179 |
| 5. | Samenvatting en conclusie | 180 |
| Hoofdstuk 5 De invoering van een Nederlands Wetboek van Strafrecht en de gevolgen daarvan voor de realisatie van het schuldbeginsel | | 183 |
| 1. | Inleiding | 183 |
| 2. | Het Wetboek van Strafrecht 1886 | 184 |
| 2.1. | Aanloop | 184 |
| 2.2. | Het Wetboek van Strafrecht en het schuldbeginsel | 185 |

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.2.1. | Inleiding | 185 |
| 2.2.2. | De indeling van de strafbare feiten | 186 |
| 2.2.3. | Opzet en schuld | 189 |
| 2.2.4. | Het strafstelsel | 191 |
| 2.2.5. | De strafuitsluitingsgronden | 195 |
| 2.3. | De realisatie van het schuldbeginnsel na het inwerkingtreden van het Wetboek van Strafrecht | 200 |
| 3. | Een oplossing voor dwaling? | 201 |
| 3.1. | Inleiding | 201 |
| 3.2. | Pleidooien voor het inlezen van opzet of schuld | 203 |
| 3.3. | Boter, margarine, melk en water | 212 |
| 3.4. | Receptie van het Water en melk-arrest | 217 |
| 4. | Preadvies Vrij | 220 |
| 4.1. | Inleiding | 220 |
| 4.2. | Het oude probleem van het schuldvereiste bij overtredingen | 222 |
| 4.3. | Voorstellen Vrij | 227 |
| 4.4. | De NJV-vergadering over de voorstellen van Vrij | 229 |
| 5. | Verdere ontwikkeling | 234 |
| 5.1. | In de literatuur | 234 |
| 5.2. | De ontwikkeling van avas als strafuitsluitingsgrond | 237 |
| 6. | Samenvatting en afsluitende opmerkingen | 240 |
| Hoofdstuk 6 De verwijtbare gedraging van de kentekenhouder. | | 243 |
| Totstandkoming en ontwikkeling van de kentekenaansprakelijkheid. | | |
| 1. | Inleiding | 243 |
| 2. | Oorsprong kentekenaansprakelijkheid | 244 |
| 2.1. | Inleiding | 244 |
| 2.2. | Totstandkoming kentekenaansprakelijkheid MRW | 245 |
| 2.3. | Afsluiting | 248 |
| 3. | Ontwikkelingen in jurisprudentie en literatuur | 249 |
| 3.1. | Het Dordrechtsche Autobusdienst-arrest | 249 |
| 3.2. | De casus | 250 |
| 3.3. | Commentaar op het Dordrechtsche Autobusdienst arrest | 254 |
| 4. | Verdere ontwikkeling: de Wegenverkeerswet | 261 |
| 4.1. | Art. 40 WVV 1935 | 261 |
| 4.1.1. | Inleiding | 261 |

| | | |
|----------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.1.2. | Eerste jurisprudentie van de Hoge Raad | 263 |
| 4.1.3. | NJ 1973, 123 | 269 |
| 4.2. | Art. 40 WVV 1974 | 273 |
| 4.3. | NJ 1976, 187 | 275 |
| 4.4. | Art. 40 en 41 WVV 1988 | 277 |
| 5. | Een andere dan strafrechtelijke afdoening van eenvoudige verkeersovertredingen: de Wahv | 281 |
| 5.1. | De Commissie Mulder | 281 |
| 5.1.1. | Inleiding | 281 |
| 5.1.2. | Voorstel Commissie Mulder | 283 |
| 5.1.3. | Wetsvoorstel Wahv | 285 |
| 5.2. | Systeem en werking van de Wahv | 292 |
| 5.2.1. | Inleiding | 292 |
| 5.2.2. | Jurisprudentie Hoge Raad | 292 |
| 5.2.3. | Commentaren in de literatuur | 300 |
| 5.2.4. | Falk tegen Nederland | 302 |
| 6. | Samenvatting en slotopmerking(en) | 304 |
| Hoofdstuk 7 Het EVRM: een ander perspectief | | 307 |
| 1. | Inleiding | 307 |
| 2. | Introductie van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM | 308 |
| 2.1. | De achtergrond en totstandkoming van het EVRM | 308 |
| 2.2. | Enkele algemene kenmerken van de jurisprudentie van het EHRM | 312 |
| 3. | Art. 6 EVRM | 315 |
| 3.1. | Recht op een eerlijk proces | 315 |
| 3.2. | Het vereiste van een <i>criminal charge</i> | 316 |
| 3.3. | Het recht op een <i>fair hearing</i> en art. 6 lid 2 en 3 EVRM | 318 |
| 3.4. | Art. 6 lid 2 EVRM: de onschuldpresumptie | 319 |
| 4. | Jurisprudentie | 323 |
| 4.1. | Salabiaku tegen Frankrijk | 323 |
| 4.1.1. | De casus | 323 |
| 4.1.2. | De nationale procedure in Frankrijk | 324 |
| 4.1.3. | Toelichting op de Franse wetgeving | 327 |
| 4.1.4. | De procedure in Straatsburg | 328 |
| 4.1.5. | Vervolg | 332 |
| 4.2. | Uitwerking kern Salabiaku tegen Frankrijk in jurisprudentie | 335 |

| | | |
|------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.2.1. | Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden en Janosevic tegen Zweden | 335 |
| 4.2.2. | Radio France e.a. tegen Frankrijk | 341 |
| 4.2.3. | Klouvi tegen Frankrijk | 347 |
| 4.2.4. | G. tegen het Verenigd Koninkrijk | 350 |
| 4.2.5. | Goktepe tegen België en Haxhishabani tegen Luxemburg | 355 |
| 4.3. | Tussenbalans | 364 |
| 5. | De kentekenaansprakelijkheid in het licht van art. 6 (2) EVRM | 366 |
| 5.1. | Inleiding | 366 |
| 5.2. | Falk tegen Nederland | 366 |
| 5.3. | Buck tegen Duitsland | 368 |
| 5.4. | O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk | 370 |
| 5.5. | Weh en Krumpholz tegen Oostenrijk | 375 |
| 5.6. | Célice tegen Frankrijk | 381 |
| 5.7. | Afsluitende opmerkingen naar aanleiding van de kentekenaansprakelijkheid in relatie tot het EVRM | 384 |
| 6. | Afsluiting | 385 |
| Hoofdstuk 8 Slotbeschouwing | | 389 |
| 1. | Hoofdpijnen onderzoek | 389 |
| 1.1. | Inleiding | 389 |
| 1.2. | Ontwikkeling van het schuldbeginzel in het strafrecht van Frankrijk en Nederland | 390 |
| 1.3. | Ontwikkeling van de kentekenaansprakelijkheid | 394 |
| 1.4. | De betekenis van de onschuldpresumptie voor het schuldbeginzel | 397 |
| 2. | Enkele punten uit de jurisprudentie over de onschuldpresumptie | 404 |
| 2.1. | Overzicht punten | 404 |
| 2.2. | De mogelijkheid van een succesvol beroep op avas bij zedendelicten | 405 |
| 2.3. | Het bewijs van voorbedachte raad | 409 |
| 2.4. | De plicht van de ouder om te zorgen voor een geregeld schoolbezoek door zijn kind | 416 |
| 2.5. | Het opzetvereiste bij medeplegen | 422 |
| 3. | De onschuldpresumptie en verkeersovertredingen | 427 |
| 3.1. | Inleiding | 427 |
| 3.2. | Grenzen en mogelijkheden van de kentekenaansprakelijkheid | 427 |
| 3.2.1. | Aansprakelijkheid | 427 |

| | | |
|------------------------------------------|----------------------------------------------------|-----|
| 3.2.2. | Opsporing | 429 |
| 3.3. | Conclusie | 429 |
| 4. | Naar een andere inkadering van het schuldbeginself | 431 |
| 4.1. | Inleiding | 431 |
| 4.2. | Codificatie van avas | 431 |
| 4.3. | Bewijsconstructies bij ernstige strafbare feiten | 438 |
| 4.4. | Slotopmerking | 444 |
| Bijlagen | | 447 |
| Abstract | | 447 |
| Lijst met verkort aangehaalde literatuur | | 453 |
| Jurisprudentie overzicht | | 471 |
| Curriculum Vitae | | 475 |

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1. Aanleiding

De kentekenhouder ontvangt een boete als wordt vastgesteld dat met zijn auto een eenvoudige verkeersovertreding is begaan, bijvoorbeeld een snelheidsovertreding. De kentekenhouder moet deze boete betalen, tenzij de auto op het moment van de overtreiding was gestolen, er sprake was van joyriding, tijdelijke verhuur of een nog niet in het kentekenregister verwerkte verkoop.¹ Geen van die omstandigheden heeft betrekking op de situatie waarin de kentekenhouder een ander toestemming heeft gegeven om met zijn auto te rijden. Dat betekent dat de kentekenhouder, als hij zijn auto heeft uitgeleend, aansprakelijk blijft voor het betalen van de boete voor de overtreiding. Dat hij de overtreiding niet zelf heeft begaan, is niet van belang, de hiervoor genoemde uitzonderingen daargelaten. De vraag wie de bestuurder was die de overtreiding heeft begaan en dus de dader is van de overtreiding, doet daarmee niet ter zake voor de aansprakelijkheid van de kentekenhouder. In het kort is dit de kern van de regeling van de kentekenaansprakelijkheid zoals die is vastgelegd in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv).

Aangezien de boete die de kentekenhouder voor een overtreiding moet betalen, wordt beschouwd als een straf, hadden strafrechtelijke auteurs grote bezwaren tegen deze aansprakelijkheidsconstructie. Hun meest principiële bezwaar was dat de regeling in strijd was met het beginsel ‘geen straf zonder schuld’. Corstens bijvoorbeeld concludeerde dat het schuldbeginnsel bij deze vorm van aansprakelijkheid is ‘losgelaten’. In zijn noot bij een uitspraak van de Hoge Raad van 15 juli 1993 schreef hij:

‘Dit betekent — daarover mag geen misverstand bestaan — dat de Hoge Raad in navolging van de wetgever het loslaten van het schuldbeginnsel op dit onderdeel van het strafrecht goedkeurt. In materiële zin is er sprake van strafrechtelijke

¹ Art. 5 jo 8 Wahv.

sancties. Het uitgangspunt ‘geen straf zonder schuld’ geldt volgens de Hoge Raad hier dus niet. (...)

Maar wat te denken van het loslaten van het schuldbeginsel? Als men straf ziet als een reactie op verwijtbaar onrecht, past het niet te straffen als er niet te verwijten is. Een essentiale ontbreekt: hoe kan men iemand straffen voor iets dat niet op zijn conto is te schrijven? Schuld in de hier bedoelde ruime betekenis is fundament van de straf. Bij gebreke daarvan mag er niet worden gestraft. Het fundamenteel en intrinsiek verband tussen een gedraging die men achterwege had behoren te laten en de straf ontbreekt (...).²

Dat de kentekenhouder aansprakelijk was voor de boete, behoudens de uitzonderingen in art. 8 WAhv, betekende volgens Corstens dat schuld geen rol speelde bij deze vorm van aansprakelijkheid. Van Russen Groen stelde dat de kentekenaansprakelijkheid een risico-aansprakelijkheid leek. Het zodanig beperken van de gronden voor straffeloosheid was volgens hem in beginsel in strijd met de onschuldpresumptie, zoals neergelegd in art. 6 lid 2 EVRM:

‘Uit de onschuldpresumptie volgt dat een door een bestuursorgaan uitgevaardigde beschikking waarbij een boete aan een betrokkene wordt opgelegd moet kunnen worden vernietigd op grond van het ontbreken van schuld. (...) [D]e WAHV [kent] een schuldpresumptie voor een gedraging van een ander. Deze schuldpresumptie, in de zin dat de schuld van de betrokkene wordt gepresumeerd voor een gedraging van een ander – de mogelijkheid dat de kentekenhouder een boete krijgt opgelegd terwijl hij niet de bestuurder was – hetgeen kan worden beschouwd als een risicoaansprakelijkheid, is in beginsel in strijd met artikel 6 lid 2 EVRM.’³

De discussie spitste zich dus toe op de vraag of de kentekenaansprakelijkheid verenigbaar is met de onschuldpresumptie, zoals die is verwoord in art. 6 lid 2 EVRM. Deze vraag werd uiteindelijk door Falk aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voorgelegd. Het Hof verklaarde de klacht van Falk ‘*manifestly ill-founded*’.⁴ Kennelijk laat art. 6 EVRM meer ruimte voor aansprakelijkheidsconstructies zoals die van de kentekenhouder in de WAhv dan de eerder genoemde Nederlandse auteurs dachten. Daardoor kwam de Nederlandse opvatting van het schuldbeginsel, zoals die zich (onder andere) manifesteerde in

² HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens.

³ Van Russen Groen 1998 p. 210, zie ook Den Hartog 1992, p.51 e.v. en p. 292 e.v. Vgl. ook de annotatie van Knigge bij HR 29 juni 1993, NJ 1994, 34.

⁴ EHRM 19 oktober 2004, 66273/01 (Falk tegen Nederland).

de discussie over de kentekenaansprakelijkheid in de Wahv, in beeld als object van onderzoek. Die discussie riep de meer algemene vraag op of er aanleiding was om de Nederlandse benadering van het schuldbeginsel (mede) in het licht van de rechtspraak van het EHRM aan te passen.

2. Het Nederlandse schuldbeginsel; inleidende opmerkingen

Het begrip 'schuld' heeft verschillende betekenissen.⁵ Dat kan verwarring geven: de schuld in het beginsel 'geen straf zonder schuld' verwijst naar een andere definitie van schuld dan de schuld waarnaar wordt verwezen in de regel 'straf naar de mate van schuld'.⁶ In het eerste geval betreft het schuld als voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, met andere woorden schuld als drempel voor aansprakelijkheid.⁷ Deze schuld wordt doorgaans beschreven als schuld in de zin van verwijtbaarheid. In deze zin is schuld steeds een vereiste voor strafbaarheid.⁸ Dat blijkt uit het Water en melk-arrest, waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat het beginsel 'geen straf zonder schuld' ook in het Nederlandse strafrecht geldt.⁹ In de regel 'straf naar de mate van schuld' heeft schuld een andere betekenis: hier betreft het, aldus De Hullu, meer een vorm van 'vereveningsschuld'.¹⁰ Hij denkt daarbij aan 'een bundel van aspecten van opzet of culpa, verwijtbaarheid, de persoon van de verdachte, de ernst van het feit en de omstandigheden waaronder het is begaan'.¹¹ Het schuldbegrip in de regel 'straf naar de mate van schuld' verwijst dus naar een veel ruimere opvatting van het schuldbeginsel dan de schuld in het beginsel 'geen straf zonder schuld'.

Door de verschillende betekenissen van het begrip schuld heeft het schuldbeginsel voor zover een nadere specificatie ontbreekt, een tamelijk diffuus karakter. Maar in

⁵ Vgl. De Jong die in dat verband spreekt over een 'caleidoscopisch begrip'; De Jong 2009, p. 17.

⁶ De Hullu 2012, p. 199 en 276-277.

⁷ De Hullu 2012, p. 209.

⁸ Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 45.

⁹ HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681. Vgl. Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 44.

¹⁰ De Hullu 2012, p. 209-210. Schuld in de betekenis van 'vereveningsschuld' is een van de drie betekenisvelden van schuld van Mooij. Hij onderscheidt daarnaast schuld in de betekenis van oorzakenschuld en schuld in de betekenis van faalschuld. Met oorzakenschuld doelt hij op schuld in de betekenis dat men iets veroorzaakt heeft, 'schuldig is aan iets'. Faalschuld ziet op de schuld in de zin van tekort schieten ten opzichte van een doel of norm. Volgens Mooij betreft vereveningsschuld echter het relationele aspect van schuld, schuld in de zin van vergelding en vergoeding: 'iemand iets verschuldigd zijn'. Hij ziet vereveningsschuld niet als de enige factor in de strafbepalende schuld. De strafbepalende schuld is volgens hem een opstelsom van alle schuld: de 'uiteindelijke schuld, die de schuldvorm, de schuld aan de schuld en de omvang ervan, omvat.' Zie Mooij 1997, p. 8-9 en 14.

¹¹ De Hullu 2012, p. 209-210.

die ‘ongespecificeerde algemeenheid’ wordt algemeen aanvaard dat het Nederlandse strafrecht een schuldstrafrecht is, aldus De Hullu.¹² De Hullu noemt daarbij met name ‘de bestanddelen opzet en schuld, het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ en de daaraan verbonden strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld en de meer omstreden regel ‘straf naar de mate van schuld’ als manieren waarop het schuldbeginsel in het Nederlandse strafrecht uitgewerkt wordt.¹³ Die aspecten worden in de door Knigge en De Jong bewerkte laatste druk van Van Bemmelen/Van Veen eveneens aangewezen als vormen waarin het schuldbeginsel in het Nederlandse strafrecht wordt uitgedrukt: ook zij noemen de subjectieve bestanddelen opzet en schuld, het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ en in verband daarmee de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld.¹⁴ Kelk en De Jong betrekken ook de opsporingsfase bij de aspecten van het schuldbeginsel die doorwerken in het strafrecht. In hun benadering krijgt de schuld in de opsporingsfase vorm in het verdenkingsbegrip; in het materiële recht wijzen zij voor de uitwerking van het schuldbeginsel ook op de wettelijke schuldbestanddelen, de schuld als element van het strafbare feit en schuld als een van de factoren die bepalend is voor de strafmaat.¹⁵ De Hullu maakt bij de algemene aanname dat het Nederlandse strafrecht een schuldstrafrecht is, de kanttekening dat de verschillende manieren waarop het schuldbeginsel doorwerkt, een indicatie zijn voor de werkelijke waarde van het schuldbeginsel in de praktijk:

‘Of het Nederlandse strafrecht recht doet aan het schuldbeginsel, wordt uiteindelijk bepaald door een optelsom van deze verschillende manieren waarop aan het schuldbeginsel kleur en inhoud wordt gegeven.’¹⁶

Voor al de ongeschreven strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld zien veel auteurs als een belangrijk aspect van het schuldbeginsel in het Nederlandse materiële strafrecht.¹⁷ Deze algemene, ongeschreven schulduitsluitingsgrond is in het Nederlandse strafrecht ontstaan als gevolg van de erkenning van deze grond door de Hoge Raad in het bekende Water en melk-arrest.¹⁸ Hoewel de Hoge Raad in het Water en melk-arrest die mogelijkheid open laat, wordt het uitsluiten van een

¹² De Hullu 2012, p. 277. Vgl. De Jong 1999, p. 1.

¹³ De Hullu 2012, p. 276.

¹⁴ Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 43-45. Zie ook Vellinga 1982, p. 11, 20-22, 148 en Gritter 2003, p. 124-127.

¹⁵ Kelk & De Jong 2013, p. 234-238. Vgl. De Hullu 2012, p. 278.

¹⁶ De Hullu 2012, p. 278.

¹⁷ Vgl. De Hullu 2012, p. 204-205; Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 43-44; Gritter 2003, p. 125; Rummelink 1996, p. 377; Pompe 1959, p. 151.

¹⁸ HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681.

beroep op afwezigheid van alle schuld voor nagenoeg ondenkbaar gehouden, zo stelt De Hullu:

‘Weliswaar verwees de Hoge Raad [in het Water en melk-arrest, EHA_vL] naar de mogelijkheid dat de wetgever de werking van het schuldbeginsel voor bepaalde delicten zou kunnen uitsluiten, maar daarvan is mij slechts een ouder voorbeeld bekend. Uit een (...) arrest [het aflatoxine in pinda’s-arrest, EHA_vL] lijkt te kunnen worden opgemaakt dat de Hoge Raad tegenwoordig de uitsluiting van een beroep op afwezigheid van alle schuld niet snel denkbaar acht, en vanuit Straatsburgs perspectief komt hetzelfde naar voren. (...) [D]e feitelijke ruimte voor afwezigheid van alle schuld kan variëren per delict, maar dat is wat anders dan het uitsluiten van het beroep erop.’¹⁹

Afwezigheid van alle schuld zou steeds tot straffeloosheid moeten leiden; het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ wordt daarmee zodanig ruim opgevat, dat R Emmelink sprak over ‘een royale en loyale — kortom voor ons rechtssysteem reële, want daarop afgestemde — toepassing’.²⁰ In dezelfde lijn betoogde ook De Hullu in 2000 dat de onschuldpresumptie uit art. 6 lid 2 EVRM in het Nederlandse strafrecht op ‘betrekkelijk royale wijze’ werd gewaarborgd door de wijze waarop het schuldbeginsel in het Nederlandse strafrecht wordt uitgewerkt.²¹

Daarmee is echter niet gezegd dat tegenwoordig aan elk van de hiervoor genoemde aspecten van het schuldbeginsel een even royale uitwerking wordt gegeven.²² Een van de aspecten waar om die reden regelmatig kritiek op wordt geleverd betreft de invulling van de voorbedachte raad. Zo concludeerde Gaarhuis in 2009 naar aanleiding van een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de voorbedachte raad dat sprake was van een ‘vrij marginale invulling’ van het bestanddeel voorbedachte raad, doordat het bewijs van dit bestanddeel sterk werd geobjectiveerd.²³ Ook het opzet wordt veelal op een ‘ver doorgevoerde objectiverende en generaliserende’ wijze

¹⁹ De Hullu 2012, p. 349-350. Een bespreking van het arrest aflatoxine in pinda’s (HR 2 februari 1993, NJ 1994, 476) vindt plaats in Hoofdstuk 5, par. 5.2.

²⁰ Conclusie R Emmelink bij HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78. R Emmelink bepleitte een - met de Nederlandse opvatting van het schuldbeginsel overeenstemmende - opvatting van het begrip schuld in het tweede lid van art. 6 EVRM, dat luidt ‘een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.’

²¹ De Hullu 2000, p. 201

²² Zie ook De Hullu 2012, p. 278.

²³ Gaarhuis 2009, p. 1156. Vgl. De Jong 1999, p. 5 en De Jong 2013, p. 205. Anders: Vellinga & Vellinga-Schootstra 2013, p. 296-297. De Hoge Raad heeft in een aantal recente arresten de motiveringseisen voor het bewijs van voorbedachte raad weer aangescherpt, dit wordt uitgediept in hoofdstuk 8, par. 2.3.

benaderd, aldus De Jong.²⁴ Die conclusie trekt ook De Hullu: hij constateert dat ‘algemene ervaringsregels en algemene normen voor criteriumfiguren bij het bewijs van opzet en schuld belangrijk zijn’.²⁵ De toepassing van het schuldbeginsel valt bij andere aspecten dan afwezigheid van alle schuld in de praktijk dus wel eens minder royaal uit. De Hullu wijst met name op de introductie van sobere of ‘ruime’ delictsomschrijvingen, de ontwikkeling van praktische bewijsregels en een zekere standaardisering van de straftoemeting.²⁶ In deze voorstelling van zaken lijken (recente) ontwikkelingen in het strafrecht zoals praktische bewijsregels te worden gezien als beperkingen van de ruimte voor de uitwerking van het schuldbeginsel.

3. De onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM; inleidende opmerkingen

Zoals hiervoor al even ter sprake kwam, is de uitspraak in de zaak Falk tegen Nederland aanleiding tot dit onderzoek geweest. De Nederlandse auteurs die op grond van het schuldbeginsel bezwaar hadden tegen de kentekenaansprakelijkheid in de Wahv, meenden dat deze aansprakelijkheidsconstructie niet alleen in strijd zou zijn met het schuldbeginsel, maar ook met de onschuldpresumptie zoals verwoord in art. 6 lid 2 EVRM. Dat luidt:

*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.*²⁷

De uitspraak in Falk tegen Nederland staat niet op zichzelf, maar maakt deel uit van een reeks uitspraken die in 1988 begon met de uitspraak in de zaak Salabiaku tegen Frankrijk.²⁸ Salabiaku werd veroordeeld voor het niet aangeven van verboden goederen, doordat hij een koffer bij zich had waarin onder een dubbele bodem tien kilo cannabis lag. Dat Salabiaku beweerde niet van deze (extra) inhoud van de koffer op de hoogte te zijn, bevrijdde hem niet, omdat hij de koffer in zijn bezit had en dus geacht werd te weten wat de inhoud van de koffer was. Het Hof overwoog:

‘[P]resumptions of fact or of law operate in every criminal-law system and are not prohibited in principle by the Convention, as long as States remain within

²⁴ De Jong 1999, p. 2-4.

²⁵ De Hullu 2012, p. 277-278.

²⁶ De Hullu 2012, p. 277-278.

²⁷ ‘Toute personne accusée d’une infraction est présumée innocente jusqu’à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.’

²⁸ EHRM 7 oktober 1988, 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk).

*reasonable limits, taking into account the importance of what is at stake and maintaining the rights of the defence.*²⁹

In latere uitspraken verduidelijkte het EHRM de implicaties en reikwijdte van de onschuldpresumptie. Tot deze uitspraken behoren zowel zaken over ernstige strafbare feiten als zaken over relatief lichte strafbare feiten. Zo stond in de zaak Haxhishabani tegen Luxemburg bijvoorbeeld de vormgeving van de aansprakelijkheid van een medepleger voor een roofoverval met dodelijke afloop ter discussie.³⁰ In Falk tegen Nederland ging het daarentegen om een relatief lichte verkeersovertreding: het niet verlenen van voorrang aan een voetganger op een zebrapad.³¹

Uit de uitspraken die op Salabiaku tegen Frankrijk volgden, blijkt dat het EHRM op grond van art. 6 (lid 2) EVRM grenzen stelt aan strafrechtelijke aansprakelijkheid en uit dat artikel (lid) eisen afleidt met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Hierdoor heeft de Straatsburgse jurisprudentie niet alleen relevantie voor de positie van de algemene strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld in het Nederlandse strafrecht, maar ook voor de eisen die worden gesteld aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ernstige delicten.

4. Probleemstelling en plan van aanpak

De discussie over de vraag of de kentekenaansprakelijkheid in de Wahv verenigbaar was met de onschuldpresumptie in het EVRM en de uitspraak in Falk tegen Nederland, vormden de aanleiding voor dit onderzoek. Die discussie trok de aandacht door de manier waarop Nederlandse auteurs het schuldbeginsel voorstelden. Het schuldbeginsel is een van de belangrijkste beginselen van het Nederlandse strafrecht. De invulling van dit beginsel is (mede)bepalend voor de grenzen van aansprakelijkheid. Falk tegen Nederland laat zien dat de grenzen die de Nederlandse (strafrechts)doctrine trekt, niet altijd gelijk zijn aan de grenzen die het EHRM trekt. Dit leidde tot de volgende onderzoeksvraag: is er aanleiding om de Nederlandse benadering van het schuldbeginsel mede in het licht van de jurisprudentie van het EHRM aan te passen. Die benadering van het schuldbeginsel is zichtbaar in verschillende aspecten van het Nederlandse strafrecht: de subjectieve bestanddelen die in de delictsomschrijvingen van misdrijven zijn opgenomen, in het beginsel 'geen straf zonder schuld' en de uitwerking daarvan in het stelsel van strafuitsluitingsgronden, in het bijzonder de ongeschreven strafuitsluitingsgrond

²⁹ EHRM 7 oktober 1988, 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 28.

³⁰ EHRM 20 januari 2011, 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg).

³¹ EHRM 19 oktober 2004, 66273/01 (Falk tegen Nederland).

afwezigheid van alle schuld, en in de regel ‘straf naar de mate van schuld’. Het onderzoek dat de basis vormt voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag bestaat uit drie delen: een verkenning van de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht, een verkenning van de ontwikkeling van de kentekenaansprakelijkheid en de discussies die daarover zijn gevoerd en een analyse van de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot die aspecten van art. 6 lid 2 EVRM die relevant zijn voor het schuldbeginnsel.

Dit onderzoek begint met een historische verkenning van de benadering van het schuldbeginnsel in Nederland (Hoofdstuk 2 tot en met 5). De gedachte hierachter is dat de opvatting van het schuldbeginnsel die heden ten dage algemeen aanvaard wordt, het resultaat is van een ontwikkeling waarin onder andere het Water en melk arrest uit 1916 een belangrijke rol heeft gespeeld. Daarmee is de vraag hoe die opvatting is ontstaan en in welke context deze zich heeft ontwikkeld, nog niet beantwoord. Op welke basis en in welke context kwam het Water en melk arrest tot stand? Hoe zag het strafrecht er voor 1886 uit en welke invloed heeft dit gehad op Nederlandse Wetboek van Strafrecht? Welke rol was er voor het schuldbeginnsel voor 1886 en is een Nederlandse benadering van het schuldbeginnsel al in die periode aanwijsbaar? Hoe groeide die benadering uit tot een kenmerk van het Nederlandse strafrecht? De historische verkenning van het schuldbeginnsel moet meer duidelijkheid scheppen over de manier waarop het schuldbeginnsel in het Nederlandse strafrecht werd en wordt gerealiseerd. Daarmee wordt een basis gelegd voor een vergelijking tussen de Nederlandse benadering van het schuldbeginnsel en de afwegingen van het EHRM ten aanzien van de onschuldpresumptie.

Als aanvangsmoment voor dit onderzoek is gekozen voor de Franse annexatie van Nederland in 1811. Dit moment is van belang omdat vanaf dat moment Nederland voor het eerst voor een langere periode een uniform wetboek had en het Nederlandse strafrecht vanaf dat moment rechtstreeks werd beïnvloed door de Franse doctrine en jurisprudentie. Tegelijkertijd was de vorm waarin het Franse wetboek tot 1886 van kracht bleef, tot op zekere hoogte aangepast aan de Nederlandse situatie. Die aanpassingen creëerden ruimte voor de Nederlandse rechtscultuur om zich verder te ontwikkelen.

Het Franse strafrecht uit de negentiende eeuw verschilt in veel opzichten van het Nederlandse strafrecht zoals wij dat tegenwoordig kennen. Daarom is ervoor gekozen om bij wijze van introductie in Hoofdstuk 2 de hoofdlijnen van het Franse strafrecht van 1811 te schetsen. In Hoofdstuk 3 wordt schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het Franse strafrecht verder uitgewerkt. In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de wijze waarop aansprakelijkheid tot stand kwam en de factoren die de aansprakelijkheid (en de straf) beïnvloedden: de gronden voor verschoning of vermindering van de straf. De Code pénal bond de rechter heel

sterk; er was geen ruimte voor het ontstaan van een met afwezigheid van alle schuld vergelijkbare verschoningsgrond. De toepassing van de Code pénal en de Code d'instruction criminelle wordt geïllustreerd met enkele uitspraken van het *Cour de cassation*. Ook komt de ontwikkeling van de voorwaarden voor aansprakelijkheid in de Franse doctrine aan de orde. Deze beschrijving van het Franse strafrecht en strafprocesrecht dient twee doelen. Zij verheldert in de eerste plaats de achtergrond waartegen de ruime opvatting van het schuldbeginnel in Nederland tot ontwikkeling kwam. Daarnaast maakt zij duidelijk hoe in een heel ander strafrechtstelsel dan het huidige Nederlandse aan het schuldbeginnel tegemoetgekomen werd.

In hoofdstuk 4 wordt de Nederlandse praktijk onder de Code pénal beschreven. Zoals gezegd bleef de Franse strafwet na 1813 van kracht, maar wel in aangepaste vorm. Besproken wordt in welk opzicht de Code pénal en de Code d'instruction criminelle werden aangepast (of vervangen) door Nederlandse wetgeving. De belangrijkste bron van wijzigingen was het Souverein Besluit van 11 december 1813, dat ook wel het 'Gesel- en worgbesluit' wordt genoemd. Dit Besluit gaf de Nederlandse rechter de bevoegdheid om de straf te verminderen bij 'favorabele omstandigheden', om de uitkomst van de procedure beter te laten aansluiten bij de Nederlandse rechtscultuur. Aan de hand van uitspraken van verschillende feitenrechters en de Hoge Raad wordt in de tweede helft van dit hoofdstuk in beeld gebracht hoe die Nederlandse toepassing van de Code pénal er uit zag.

De verkenning van de historische oorsprong van de ruime opvatting van het schuldbeginnel in Nederland wordt afgesloten in hoofdstuk 5. In dat hoofdstuk staan de totstandkoming van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht en de daarop volgende jurisprudentie over de aansprakelijkheid bij overtredingen centraal. De meeste problemen met de Franse strafwetgeving die in de Nederlandse praktijk werden ervaren en voor 1886 via allerlei omwegen werden opgelost, werden door de introductie van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht weggenomen. Bij de aansprakelijkheid voor overtredingen bleek het nieuwe Wetboek erg hardvochtig uit te kunnen pakken, doordat dwaling bij overtredingen in beginsel niet tot straffeloosheid kon leiden. Deze problematiek leidde in 1916 tot het Water en melk-arrest, waarin de Hoge Raad (naar achteraf algemeen wordt aangenomen) het schuldbeginnel heeft erkend dat tot de ongeschreven strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (avas) heeft geleid.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de handhaving van het verkeersrecht. In het verkeersrecht heeft de discussie over het beperken van de (door)werking van het schuldbeginnel in het bijzonder gespeeld. De eerste regeling van de kentekenaansprakelijkheid voorzag in aansprakelijkheid voor de eigenaar of houder, tenzij hij de bestuurder bekend maakte of aannemelijk maakte dat zijn motorrijtuig

tegen zijn wil was gebruikt. Of dit ook betekende dat de eigenaar van de autobus die buiten zijn schuld niet in staat was de bestuurder bekend te maken, gestraft moest worden, bleek niet uit de wet. De Hoge Raad overwoog in een arrest uit de jaren dertig (Dordrechtse Autobusdienst) dat het beginsel 'geen straf zonder schuld' in dit geval aan aansprakelijkheid van de eigenaar van de autobus in de weg stond. Dat leidde tot veel discussie in de literatuur en enkele jaren later tot een aanpassing van de wettelijke vormgeving van de aansprakelijkheid van de kentekenhouder. Daarna is de discussie over de vormgeving van kentekenaansprakelijkheid evenwel niet geluwd, integendeel. En de wet is op dit punt nog verschillende keren aangepast, waarbij de invoering van de Wvh in het bijzonder vermelding verdient. Overwegingen in verband met het schuldbeginsel en effectiviteit speelden in die discussies een centrale rol. Daardoor bieden deze discussies een mooie gelegenheid om de Nederlandse benadering van het schuldbeginsel in kaart te brengen. Daartoe worden in hoofdstuk 6 het ontstaan, de ontwikkeling en de discussies omtrent de kentekenaansprakelijkheid sinds 1915 geschetst.

De grenzen en eisen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid(sconstructies) die blijkens de jurisprudentie van het EHRM voortvloeien uit art. 6 (lid 2) EVRM, vormen het onderwerp van hoofdstuk 7. Het EVRM wordt in dit onderzoek als een toetssteen gehanteerd, zoals ook blijkt uit de onderzoeksvraag: is er aanleiding is om de Nederlandse benadering van het schuldbeginsel mede in het licht van de jurisprudentie van het EHRM aan te passen? Het EVRM is juridisch bindend en werkt direct door in de Nederlandse rechtsorde.³² Los daarvan kan de jurisprudentie van het EHRM een bron van inspiratie zijn en een spiegel bieden om de Nederlandse benadering van het schuldbeginsel in een ander perspectief te plaatsen. De besproken uitspraken hebben steeds betrekking op die aspecten van de onschuldpresumptie (art. 6 lid 2 EVRM) die raakvlakken hebben met het schuldbeginsel. Dat het EHRM daarbij een meer procedurele benadering heeft, betekent echter niet dat die uitspraken geen implicaties kunnen hebben voor het materiële recht.³³ Daarbij wordt niet gestreefd naar een synthetische analyse, omdat het vooralsnog slechts om enkele uitspraken gaat. Een uitgekristalliseerd patroon is nog niet te ontwaren. In dit hoofdstuk wordt in een aparte paragraaf nog in het bijzonder aandacht besteed aan een aantal uitspraken op het gebied van de regeling van de kentekenaansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk.

In hoofdstuk 8 staat de beantwoording van de onderzoeksvraag centraal: is er aanleiding om de Nederlandse benadering van het schuldbeginsel mede in het licht

³² Artt. 93 en 94 Gw.

³³ Vgl. Keiler 2013, p. 28-29.

van de jurisprudentie van het EHRM aan te passen. Daartoe worden in dit hoofdstuk de overeenkomsten en verschillen tussen beide benaderingen in kaart gebracht aan de hand van enkele hedendaagse en tijdloze discussies in het Nederlandse strafrecht. Bij de keuze van de thema's voor de vergelijkingen is de jurisprudentie zoals die in hoofdstuk 7 besproken is, leidend geweest.

Eén van deze thema's betreft de mogelijkheid van een succesvol beroep op afwezigheid van alle schuld in de vorm van (verschoonbare) feitelijke dwaling omtrent de leeftijd van het slachtoffer van een zedendelict. Uit *G.* tegen het Verenigd Koninkrijk kan worden afgeleid dat art. 6 EVRM niet garandeert dat de verdachte een beroep op dwaling inzake de leeftijd van het slachtoffer van een zedendelict toekomt. Die uitspraak wordt naast de uitspraak van de Hoge Raad in een van de Leefijdsarresten gelegd. Andere thema's die in dit hoofdstuk aan de orde komen, zijn de interpretatie en het bewijs van voorbedachte raad, de strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens schending van zorgplichten, het opzetvereiste bij medeplegen en de afweging tussen het schuldbeginnsel en andere belangen en rechten in het kader van de opsporing. Met deze bespreking wordt geen allesomvattend en dekkend overzicht nagestreefd van de onderwerpen waarbij het schuldbeginnsel in het Nederlandse strafrecht een rol speelt. Andere thema's waarbij het schuldbeginnsel een normerende rol speelt, zoals de voorbereiding en de samenspanning, blijven buiten beeld.³⁴ Beoogd is slechts om verbanden tussen enkele thema's uit het Nederlandse strafrecht en de jurisprudentie van het EHRM te verhelderen in het kader van de vraag of die jurisprudentie aanleiding zou kunnen zijn voor het anders vormgeven van de Nederlandse benadering van het schuldbeginnsel.

Naar aanleiding van die vraag wordt in het laatste hoofdstuk ook teruggekomen op een andere discussie, namelijk de vraag of er aanleiding is de Nederlandse strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld in het Wetboek van Strafrecht op te nemen. Die vraag werd in 1930 uitgebreid besproken tijdens de vergadering van de NJV. Terwijl Vrij als preadviseur pleitte voor codificatie van afwezigheid van alle schuld in het wetboek, was Pompe een verklaard tegenstander van codificatie. Die was volgens hem 'onnodig en gevaarlijk'; het zou de rechter alleen maar belemmeren bij het ontwikkelen en toepassen van afwezigheid van alle schuld, zo vreesde hij. Verkend zal worden of er sprake is van gewijzigde omstandigheden die aanleiding geven om deze discussie opnieuw te voeren. Die gewijzigde omstandigheden zouden daarin gelegen kunnen zijn dat het Nederlandse rechtsgevoel niet langer de enige

³⁴ Van Sliedregt 2009, p. 9 e.v., zie ook Keiler 2013 over verschillende vormen van samenwerking ('multiple actor scenarios') en niet voltooide delicten. Daarnaast ook interessant, maar met een iets andere insteek E. van Sliedregt, 'Dadelijke tenuitvoerlegging van straffen en de onschuldpresumptie', *RM Themis* 2015, p. 14-22.

toetssteen is; de uiterste grenzen voor aansprakelijkheid worden tegenwoordig (ook) bepaald door het EVRM.

HOOFDSTUK 2

Introductie van het Franse strafrecht van begin negentiende eeuw

1. Historische en maatschappelijke context van de Franse wetboeken

Als gevolg van verschillende oorlogen was de Franse staatsschuld in de periode 1780-1786 verdriedubbeld. Het begrotingstekort was in 1786 opgelopen tot een bedrag van 112 miljoen *livres*.³⁵ Ruim de helft van de belastinginkomsten ging op aan het betalen van de rente alleen. Om de staatsschuld te kunnen bekostigen en het begrotingstekort te dekken waren in de loop van de achttiende eeuw nieuwe belastingen ingevoerd en waren die belastingen in stappen sterk verhoogd.³⁶ Langs verschillende wegen hadden de adel, de kerk en de bourgeoisie echter vrijstelling van de belastingen verkregen, waardoor de belastingmaatregelen voornamelijk de minder vermogende (boeren)bevolking raakten.³⁷ In de jaren tachtig van de achttiende eeuw mislukte bovendien verschillende jaren achtereenvolgende oogsten, waardoor de graanprijzen in de periode 1785-1789 met 130% stegen.³⁸ Er gingen geruchten over een “hongerpact”: de regering zou de prijs voor graan kunstmatig hoog houden.³⁹ Door de mislukte oogsten had de koning minder belastinginkomsten, terwijl de kosten toenamen. De economische situatie in Frankrijk, de ongelijke verdeling van de belastingdruk en de

³⁵ Neely 2008, p. 46. De *livre* was destijds de Franse munteenheid.

³⁶ Over de periode 1700-1780 stegen de belastingen in totaal met 50%, de grootste stijging vond na 1760 plaats. In de periode 1780-1786 verdriedubbelde bovendien de Franse staatsschuld. Neely 2008, p. 7-11.

³⁷ Dit hing er mee samen dat deze groep mensen de invloed noch het vermogen had om de belastingplicht af te kopen en het zwaarst getroffen werd door de mislukte oogsten. Soboul (1981) 1988, p. 23-25, Neely 2008, p. 7-12 en p. 12-16.

³⁸ Soboul (1981) 1988, p. 21-22.

³⁹ Soboul (1981) 1988, p. 26

honger zorgden voor grote tegenstellingen en een explosieve sfeer onder de Franse bevolking.

De maatschappelijke onrust uitte zich op bestuurlijk-politiek niveau in de weigering van de adel en de bourgeoisie om mee te werken aan economische hervormingen. De koning had geld nodig, de bourgeoisie wilde invloed. Koning Lodewijk XVI zat klem; door een lege schatkist en het ontbreken van uitzicht op een nieuwe staatslening, zag hij geen andere oplossing dan de Standenvergadering, de *États-Généraux*, bijeen te roepen om het belastingstelsel te hervormen.⁴⁰

Deze Standenvergadering was een middeleeuws instituut dat sinds 1614 niet meer bijeen was gekomen. De naam Standenvergadering verwees naar de drie Standen, de maatschappelijke 'rangen', die in deze vergadering waren vertegenwoordigd.⁴¹ De geestelijkheid werd gevormd door de Eerste Stand, de Tweede Stand bestond uit de adel en de Derde Stand werd gevormd door de burgers die niet tot de andere Standen behoorden.⁴² Het was gebruikelijk dat elke Stand zitting had in een aparte Kamer en dat elke Kamer als geheel één stem had bij beslissingen. Deze wijze van stemmen was zeer ongunstig voor de Derde Stand, omdat de Derde Stand op deze manier altijd in de minderheid was. Zonder steun van een van de andere Standen was er geen meerderheid, terwijl de Derde stand wel evenveel vertegenwoordigers had als de andere twee Standen gezamenlijk.⁴³

Zoals gezegd was de noodzaak tot economische hervorming een belangrijke reden om de Standenvergadering bijeen te roepen. Onderdeel van het beoogde economische maatregelenpakket was de herziening van het belastingstelsel. Doordat de geestelijkheid, de adel en de bourgeoisie waren vrijgesteld van betaling van de *taille*, de belangrijkste belasting, liep koning Lodewijk XVI veel inkomsten mis.⁴⁴ Een

⁴⁰ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 350, Soboul (1981) 1988, p. 25-26.

⁴¹ De maatschappelijke 'rangen' in de Standenvergadering vertegenwoordigden geen vastomlijnde groepen in de Franse samenleving (anno 1788). Het was een juridische indeling, geen representatieve weergave van de verhoudingen in de Franse samenleving. Volgens Neely behoorde ongeveer 1-1.5% van de Franse bevolking tot de adel, maar is die grens niet duidelijk te trekken doordat er veel contact was tussen de adel en de bourgeoisie. De bevolkingsgroepen, rangen en standen die in de Derde Stand waren vertegenwoordigd, vormden evenmin een homogene groep. Soboul (1981) 1988, p. 9-27, Neely 2008, p. 12-16.

⁴² Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 350.

⁴³ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 356

⁴⁴ In 1439 door koning Charles VII (1403-1461) definitief ingevoerde belasting die werd geheven van alle niet-bevoorrechte personen en landerijen. Het was een van de meest gehate instituten van het *Ancien Régime*, omdat deze belasting vrijwel uitsluitend door de boeren moest worden opgebracht. Grote steden, zoals Parijs of Lyon, en onder andere hoogleraren, studenten, militairen, adel en geestelijken waren vrijgesteld. Encyclopædia Britannica Online onder

van de voorstellen waarover de Standenvergadering zou moeten beslissen, betrof het invoeren van een algemene belasting voor alle landbezitters ongeacht hun stand.⁴⁵

De Standenvergadering kwam bijeen in Versailles op 5 mei 1789.⁴⁶ Aangezien de stemverhouding in de Standenvergadering voor de Derde Stand ongunstig was, eisten de vertegenwoordigers van de Derde Stand een gezamenlijke vergadering van alle Kamers, waarbij elk lid één stem zou hebben.⁴⁷ Dit leidde tot een impasse die uiteindelijk werd doorbroken doordat de Derde Stand, met steun van enkele geestelijken, zichzelf uitriep tot *Assemblée nationale* (Nationale Vergadering).⁴⁸

Doordat de Derde Stand zichzelf tot *Assemblée nationale* had uitgeroepen, was de Franse overheid niet in staat de noodzakelijke economische maatregelen te nemen om de crisis te beperken. Hierdoor steeg de graanprijs in korte tijd met nog eens 150%.⁴⁹ Een vrijdeld complot van de adel om de Standenvergadering te ontbinden, vergrootte het wantrouwen tegen de gevestigde orde. Dit mondde uit in grote algemene maatschappelijke onrust en dat leidde uiteindelijk op 14 juli 1789 tot de bestorming van de Bastille, de bekende Parijse gevangenis.⁵⁰

De *Assemblée nationale* publiceerde op 26 augustus 1789 een verklaring over de rechten van alle burgers, de *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.⁵¹ Ook werd een nieuwe grondwet afgekondigd, die op 1 oktober 1791 in werking trad. Hoewel deze grondwet uitging van een constitutionele monarchie, werd de macht van de koning in de nieuwe constitutie sterk beperkt. De dagelijkse leiding van het land bleef bovendien in handen van de Revolutionairen. Zij verklaarden op 20 april 1792 de oorlog aan de Keizer van Oostenrijk om de revolutie ook buiten Frankrijk te kunnen verspreiden.⁵² Deze oorlog versterkte de bestaande onrust en ontevredenheid onder de lagere sociale klassen in Frankrijk. Niet alleen had de *Assemblée nationale* niet gebracht wat men ervan had verwacht, de oorlog tegen Oostenrijk duurde langer en bovendien bleven de kosten voor levensonderhoud

'taille': <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/580737/taille>, zie ook Neely 2008, p. 7-12 en Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 355-356

⁴⁵ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 355-356.

⁴⁶ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 357.

⁴⁷ Soboul (1981) 1988, p. 27-32.

⁴⁸ Dit moment is bekend geworden als de Eed van de Kaatsbaan (20 juni 1789), omdat de leden van de *Assemblée nationale* uitweken naar de kaatsbaan toen koning Lodewijk XVI de vergaderruimte in Versailles door soldaten liet sluiten, Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 357.

⁴⁹ Soboul (1981) 1988, p. 23.

⁵⁰ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 359.

⁵¹ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 361.

⁵² Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 370.

stijgen. De ontevredenheid mondde uit in het afzetten van koning Lodewijk XVI door een groep radicale Revolutionairen onder leiding van Robespierre.⁵³ Robespierre riep de Eerste Republiek uit en zette een *Convention nationale* aan het werk om een nieuwe grondwet voor te bereiden.⁵⁴

Onder leiding van Robespierre voerde de *Convention nationale* grootschalige hervormingen door, zoals de afschaffing van het primogenituur (het eerstgeborenerecht), de invoering van het metrieke stelsel en een Republikeinse jaartelling.⁵⁵ Gedurende deze periode, *la Grande Terreur*, werden tienduizenden Fransen onthoofd, waaronder koning Lodewijk XVI.⁵⁶ Over de heftigheid van de Franse Revolutie schreef Prakke: 'Een zo radicale revolutie als er volgt, is welhaast onvermijdelijk, omdat er weinig is, waar de hervormingen bij zouden kunnen aanknopen. (...) Omdat er geen politiek stelsel maar alleen een tot het uiterste gecentraliseerd bestuur is, leeft men in een politiek luchtledig en moet elke verandering die de grondslag van dat bestuur, de monarchie, aantast, wel tot een chaos leiden die alleen te temmen is met behulp van een even radicaal en centralistisch regime als de monarchie zelf. Omdat het koninklijk gezag zich onder koning Lodewijk XIV en zijn opvolgers had laten vergoddelijken, krijgt de strijd om de politieke macht de vormen, de heftigheid en de onvoorwaardelijkheid van een godsdienstoorlog'.⁵⁷

Een tweede machtswisseling, als reactie op de Terreur, volgde op 9 *Thermidor* jaar II (27 juli 1794). Het nieuwe regime, bekend als het *Thermidor* of Directoraat, verzwakte snel als gevolg van corruptie en wanbestuur.⁵⁸ Op 18 *Brumaire* jaar VIII (9 november 1799) werd dit bestuur opzij gezet door een Consulaat. Dit Consulaat bestond uit generaal Napoleon Bonaparte als Eerste Consul en twee adviseurs.⁵⁹ Hoewel het Consulaat een driemanschap was, had Napoleon als Eerste Consul veruit de meeste zeggenschap. In de nieuwe Franse grondwet, uit het jaar XII (1804), werd bepaald dat Napoleon Bonaparte voortaan *Empereur des Français* zou zijn. Op 2 december 1804 werd Napoleon in Parijs officieel tot keizer gekroond door paus Pius VII.

Eén van Napoleons meest invloedrijke projecten was het uniformeren en codificeren van het Franse recht in vijf wetboeken. Dit waren de Code civil, de Code de

⁵³ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 373.

⁵⁴ Neely 2008, p. 163 e.v.

⁵⁵ Van der Burg 2009, p. 34.

⁵⁶ Vandaar dat deze periode ook bekend werd als de 'september slachting', Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 373.

⁵⁷ Van der Pot 2014, p. 88-89.

⁵⁸ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 373.

⁵⁹ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 387.

procédure civile, de Code de commerce, de Code d'instruction criminelle en de Code pénal. De invoering van deze wetten verwezenlijkte een ideaal van de Revolutie: rechtsgelijkheid voor alle Franse burgers.⁶⁰ De codificatie van het Franse recht had niet alleen in Frankrijk uniformering van het recht tot gevolg, maar ook in de door Napoleon bezette gebieden, waar hij eveneens de Franse wetgeving liet invoeren. Ook het grondgebied van het huidige Nederland was onderdeel van die geannexeerde gebieden. Op 16 maart 1810 werden de departementen Zeeland, Brabant, Holland en een gedeelte van Gelderland ingelijfd en op 9 juli volgden de Noordelijke departementen.⁶¹ Dientengevolge waren alle Franse wetten per 1 maart 1811 ook in Nederland van kracht.⁶²

In dit hoofdstuk wordt op hoofdlijnen het Franse strafrecht van 1811 besproken. Dit strafrecht en strafprocesrecht week zozeer af van het huidige Nederlandse strafrecht en strafprocesrecht, dat een algemene inleiding wenselijk lijkt met het oog op de navolgende hoofdstukken.

2. Het materiële Franse strafrecht: de Code pénal uit 1810

2.1. Aanloop naar de Code pénal

Vóór de Franse Revolutie bestond het Franse strafrecht uit een onoverzichtelijke verzameling ordonnances, edicten en decreten, aangevuld met gewoonterecht.⁶³ In de tweede helft van de 18^e eeuw leverden verschillende denkers, waaronder Montesquieu en Beccaria, kritiek op het staatsbestel en de wijze waarop het recht werd toegepast.⁶⁴ De kritiek richtte zich op de wijze waarop de macht binnen de staat was verdeeld, op de onoverzichtelijkheid van de rechtsbronnen, op de wrede dood- en lijfstraffen en op de rechtsongelijkheid tussen de Standen. In de *cahiers de doléances* (klachtenboeken) had de bevolking, geïnspireerd door deze kritiek, veelvuldig verzocht om hervorming van onder andere het strafrecht. Deze

⁶⁰ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 393.

⁶¹ Het Decreet van Rambouillet, 9 juli 1810. Zie ook Van Boven 1990, p. 230 en Van Boven 2008, p. 55-72, met name p. 55.

⁶² De Code civil, de Code d'instruction criminelle en de Code de commerce traden op 1 januari 1811 al in werking. De Code pénal trad samen met de wet op de organisatie van justitie op de dag van de installatie van het Keizerlijk Hof (te Den Haag) in werking op 1 maart 1811. Zie ook Van Dapperen 1991, p. 37-38. Nadat Napoleon verslagen was, bleef in Nederland de Code pénal voorlopig gehandhaafd. Dat duurde uiteindelijk tot 1886. De Nederlandse wijzigingen in de gehandhaafde Code pénal en de aanpassing van de Franse strafwetten door de Nederlandse wetgever komen in Hoofdstuk 4, par. 2 aan de orde.

⁶³ Van Ruller 1987, p. 17.

⁶⁴ Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748. Cesare Beccaria, Marquis of Beccaria-Bonesana, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

klachtenboeken, waarin de bevolking haar grieven kwijt kon, werden opgesteld vanwege het bijeenroepen van de *Etats-Généraux* door koning Lodewijk XVI.⁶⁵

Nadat de *Assemblée nationale* door de Derde Stand was uitgeroepen, voerde deze vergadering in mei 1789 verschillende hervormingen door in het strafrecht en het strafprocesrecht. De strafwetgeving met betrekking tot de ernstiger feiten werd vastgelegd in één wetboek: de Code pénal 1791.⁶⁶ Dit wetboek omvatte zowel materieelrechtelijke als procesrechtelijke bepalingen. Op elk delict stond een vaste straf, de Code pénal 1791 kende dus geen minimum- en maximumstraffen. Het straffen door middel van de vierdeling, de verbranding, de ophanging en het afhakken van een vuist werden afgeschaft. Door het uitgangspunt dat elke crimineel na een gevangenisstraf weer gerehabiliteerd kon worden, wordt de Code pénal 1791 doorgaans gekarakteriseerd als een humaan strafwetboek, beïnvloed door de ideeën van de Verlichting.⁶⁷ Monballyu concludeerde evenwel dat ondanks het vrij humane vernislaagje de Code pénal 1791 toch voornamelijk de belangen van de vermogende burgerij beschermde.⁶⁸

De Code pénal 1791 gold slechts een paar jaar, omdat in 1794 de Codes des délits et des peines werden afgekondigd door het *Thermidor* regime. De Code pénal 1791 werd, op een enkele bepaling na, integraal in deze verzameling wetten opgenomen. Onder de Codes des délits et des peines was elke poging tot misdaad strafbaar. Ook het brandmerken werd opnieuw als straf ingevoerd.⁶⁹ Ondertussen was een commissie van vooraanstaande juristen gevraagd om een nieuw strafwetboek voor te bereiden. Zij besloot het strafrecht te splitsen in een materieel en een formeel deel. Het materiële strafrecht werd vastgelegd in de Code pénal en het strafprocesrecht in de Code d'instruction criminelle. De Code d'instruction criminelle trad op 18 november 1808 in werking, de Code pénal 1810 volgde op 22 februari 1810.

De Code pénal van 1810 was een afspiegeling van de toenmalige maatschappelijke situatie in Frankrijk. Twee factoren zijn daarbij van grote invloed geweest. Dat waren in de eerste plaats de idealen van de Franse Revolutie, zoals gelijkheid, legaliteit en onafhankelijke en openbare rechtspraak. Daarnaast was de maatschappelijke onrust

⁶⁵ Monballyu 2006, p. 41-43.

⁶⁶ De Code pénal 1791 bevatte alleen de zwaarste categorie strafbare feiten, de overige delicten stonden onder andere in de Loi sur la police municipale et correctionnelle van 19-22 juli 1791 en de Loi sur la police rurale van 28 september-oktober 1791, zie Monballyu 2006, p. 46-47.

⁶⁷ Van Ruller & Faber 1995, p. 10.

⁶⁸ Monballyu 2006, p. 45.

⁶⁹ Monballyu 2006, p. 46-47. Het strafwetboek werd na invoering met verschillende wetten aangevuld. Het strafbaar stellen van elke poging tot misdaad gebeurde bij wet van 22 prairial jaar IV (10 juni 1796) en de herinvoering van het brandmerk gebeurde in de wet van 23 floréal X (13 mei 1802).

aanleiding tot het behoud of (opnieuw) invoeren van bepaalde straffen, zoals het brandmerken.⁷⁰ Faber en Van Ruller constateerden dat die basis ertoe leidde dat negentiende eeuwse auteurs de Code pénal 1810 vooral in verband brachten met intimidatie en het utilitarisme van Bentham door de nadruk op misdaadbestrijding.⁷¹ Het misdaadbestrijdingsmodel van de Code pénal 1810 typeerden zij als ‘eliminatie van onverbeterlijken en afschrikking van anderen’, vanwege het royaal gebruik van de doodstraf, het brandmerken en de dwangarbeid.⁷² Van de humane(re) strafwetten uit 1791 was weinig meer over.⁷³

2.2. Systematiek van de Code pénal

2.2.1. De indeling van de strafbare feiten

De Code pénal 1810 (vanaf hier: de Code pénal of CP) bestond uit vier boeken, die werden voorafgegaan door vijf preliminaire bepalingen. In deze preliminaire bepalingen zijn onder andere de indeling van de strafbare feiten (art. 1 CP) en het legaliteitsbeginsel (art. 4 CP) vastgelegd. De strafbare feiten in de Code pénal zijn op basis van de soort straf onderverdeeld in drie categorieën, zo blijkt uit art. 1 CP:

L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention.

L'infraction que les lois punissent des peines correctionnelles est un délit.

*L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime.*⁷⁴

Uit de manier waarop art. 1 CP was geformuleerd, volgde dat de op te leggen soort straf bepalend was voor de manier waarop het strafbare feit moest worden geclassificeerd. Dus de gedraging naar aanleiding waarvan de rechter een *peine afflictive* en/of een *peine infamante* moest opleggen, was een *crime*, de gedraging die werd bestraft met een *peine correctionnelle*, was een *délit*, enzovoort. Waar het om gaat, is dat de in een concreet geval op te leggen straf bepalend was voor de classificatie van het feit als *crime* of *délit*. Bij de bespreking van het Franse strafprocesrecht (boek II) zal blijken dat de kwalificatie van een strafbare gedraging als *crime*, *délit* of *contravention* ook beslissend was voor de competentie van de rechter.

De Code pénal bestond uit vier boeken, die in de volgende paragrafen kort worden besproken. Het eerste boek, over de straffen, en het derde boek, waarin de

⁷⁰ Van Ruller 1994, p. 58.

⁷¹ Van Ruller & Faber 1995, p. 41-42. Dit bleek uit de *Observations*, de door Target uitgeschreven bedoelingen van de ontwerpers van het wetboek, zie Locré 1831, p. 7-38.

⁷² Van Ruller & Faber 1995, p. 10.

⁷³ Monballyu 2006, p. 48-49.

⁷⁴ In de vertaling van Bilderdijk worden misdaden gestraft met lijfstraffen of ontorende straffen, wanbedrijven met boetstraffen en eenvoudige overtredingen met policystrafen. Bilderdijk 1811, p. 4.

crimes en *délits* stonden omschreven, worden hieronder in paragraaf 2.2.2 besproken. In paragraaf 2.2.3 komt het tweede boek aan de orde, dat de bepalingen ten aanzien van uitbreiding en vermindering van aansprakelijkheid bevatte. Tot slot komt het vierde boek aan de orde in paragraaf 2.2.4. In dat boek stonden de bepalingen die betrekking hadden op de *contraventions*.

2.2.2. Het eerste en derde boek van de Code pénal

Het eerste boek van de Code pénal, getiteld '*des peines en matière criminelle et correctionnelle et de leur effets*', somde de verschillende soorten straffen op die konden worden opgelegd. De soort straf bepaalde dus ook hoe de strafbare gedraging geclassificeerd moest worden: de *crimes* werden bestraft met *peines afflictives et infamantes* (lijfstraffen die ook eerloze of schandmerkende straffen waren) of met *peines infamantes* (alleen schandmerkende straffen) en de *délits* met *peines correctionnelles* (boetstraffen of correctionele straffen).⁷⁵

De *peines afflictives et infamantes* waren de doodstraf, de levenslange of tijdelijke dwangarbeid, de deportatie en de opsluiting in het tuchthuis (*réclusion*). Voor elk van deze straffen gaf de Code pénal specifieke voorschriften. Zo werd de doodstraf voltrokken door onthoofding, en moest de dwangarbeid bestaan uit zwaar werk waarbij de veroordeelde aan een zware kogel werd geketend of aan een andere veroordeelde.⁷⁶ Een veroordeling tot tijdelijke dwangarbeid kon niet worden opgelegd voor minder dan vijf of voor meer dan twintig jaar,⁷⁷ terwijl de opsluiting in het tuchthuis voor minstens vijf en voor maximaal tien jaar was.⁷⁸ Ook dan moest er worden gewerkt. Bij een veroordeling tot deportatie mocht de veroordeelde de rest van zijn leven het grondgebied van het Keizerrijk niet meer betreden.⁷⁹

De *peines afflictives et infamantes* hadden ook tot gevolg dat er een bijkomende straf werd opgelegd: een veroordeling tot dwangarbeid of opsluiting in een tuchthuis leidde bijvoorbeeld ook tot de publiekelijke tentoonstelling van de veroordeelde. Daarop volgde een ouderwetse versie van '*naming and shaming*': luid werd voorgelezen hoe de veroordeelde heette, waar hij woonde, wat zijn beroep was, waarvoor hij veroordeeld was en tot welke straf hij was veroordeeld.⁸⁰ Bovendien behoorde

⁷⁵ Schooneveld 1855, p. 2.

⁷⁶ Art. 15 CP.

⁷⁷ Art. 19 CP. Vrouwen en meisjes veroordeeld tot dwangarbeid werkten niet buiten, maar zaten in een tuchthuis (art. 16 CP).

⁷⁸ Art. 21 CP.

⁷⁹ Art. 17 CP.

⁸⁰ Art. 22 CP. Hierbij werd de veroordeelde met een soort halsband vastgemaakt aan de paal: een *carcan*. Naar die band werd de straf *carcan* of kaakstraf genoemd. Bovendien werden afschriften

degene die veroordeeld was tot dwangarbeid te worden gebrandmerkt met een T (*travaux forcés*) of TP (*travaux forcés perpétuité*).⁸¹ Een veroordeling tot levenslange dwangarbeid (*travaux forcés perpétuité*) of deportatie bracht bovendien de burgerlijke dood (*mort civile*) met zich mee.⁸² Die betekende het verlies van alle (burger)rechten, waardoor iemand in juridische zin niet meer bestond.⁸³ De lichtere, en tijdelijke, variant van de *mort civile* was de ontzetting uit bepaalde rechten.⁸⁴ Deze straf werd niet zelfstandig opgelegd, maar alleen in combinatie met een andere straf, voorzover de wet dat zo bepaalde.⁸⁵ De rechten die een veroordeelde ontnomen werden, waren onder meer het recht om zitting te nemen in een jury, het recht om wapens te dragen en het recht om in het leger te dienen.

Naast de *peines afflictives et infamantes* kende de Code pénal ook *peines infamantes*, dus straffen die alleen tot eerloosheid leidden of schandmerkend waren, zoals de tentoonstelling aan de schandpaal, de verbanning en de ontneming van bepaalde rechten.⁸⁶ De tentoonstelling aan de schandpaal was dus zowel een onderdeel van de veroordeling tot dwangarbeid of *réclusion* als een volwaardige, op zichzelf staande straf.⁸⁷ Het verschil tussen de verbanning en de deportatie was de duur. Een verbanning was tijdelijk, namelijk voor minimaal vijf en maximaal tien jaar, terwijl een deportatie voor het leven was.⁸⁸ Ook de ontzetting uit bepaalde rechten, hiervoor als gevolg van een veroordeling tot een andere straf al genoemd, kon als schandmerkende straf een op zichzelf staande straf zijn.

Doordat de Code pénal per strafbaar feit doorgaans een maximum- en een minimumstraf aanwees, had de rechter enige beoordelingsruimte om de straf af te

van het veroordelend vonnis opgehangen in de hoofdstad van het Departement, in de plaats waar de *crime* was begaan en in de stad waar de veroordeelde woonde (art. 36 CP).

⁸¹ Art. 20 CP. Een vervalser kreeg daarnaast een F op zijn schouder gebrand.

⁸² Art. 18 CP.

⁸³ Art. 34 CP vermeldt enkel: '*La dégradation civique consiste dans la destitution et l'exclusion du condamné de toutes fonctions ou emplois publics, et dans la privation de tous les droits énoncés en l'article 28.*' En art. 28 CP voegt daaraan toe: '*(...) ne pourra jamais être juré, ni expert, ni être employé comme témoin dans les actes, ni déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements. Il sera incapable de tutelle et de curatelle, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de sa famille. Il sera déchu du droit de port d'armes et du droit de servir dans les armées de l'empire.*'

⁸⁴ Art. 42 CP.

⁸⁵ Art. 43 CP, zie bijvoorbeeld het delict 'smaad' (art. 367 CP). Op grond van art. 374 CP moesten de veroordeelde ook voor de duur van vijf jaar bepaalde rechten worden ontzegt. Zie ook de uitspraak van de Hoge Raad van 16 juni 1840, W 117, besproken in hoofdstuk 4, par. 3.5.

⁸⁶ Art. 8 CP.

⁸⁷ Art. 24 jo 22 CP.

⁸⁸ Art. 32 CP.

stemmen op de verdachte en de omstandigheden van het geval. Hij had echter geen invloed op de straffen die een gevolg waren van de opgelegde straf: de rechter kon niet veroordelen tot dwangarbeid zonder dat de veroordeelde dan ook gebrandmerkt en tentoongesteld diende te worden.⁸⁹

De correctionele straffen, opgesomd in art. 9 CP, waren de gevangenisstraf (*emprisonnement*), de tijdelijke opschorting van bepaalde rechten en de geldboete. De gevangenisstraf behelsde de opsluiting in een *maison de correction* voor minstens zes dagen tot hoogstens vijf jaar. Ook hier moest er door de veroordeelde worden gewerkt, maar de veroordeelde mocht uit verschillende werkzaamheden kiezen.⁹⁰ De rechters konden bovendien bepalen dat de veroordeelde bepaalde rechten tijdelijk niet kon uitoefenen, zoals het (actief en passief) kiesrecht.⁹¹ In vergelijking met de straffen voor de *crimes*, de *peines afflictives et infamantes*, waren de straffen voor *délits*, de *peines correctionnelles*, minder ingrijpend.⁹²

In het derde boek, '*des crimes, des délits et de leur punition*', stonden de strafbare gedragingen beschreven met de daarbij behorende strafminima en -maxima. De strafbare gedragingen waren over twee titels verdeeld. De eerste titel bevatte de gedragingen die werden bestraft als *crimes* en *délits* tegen de openbare aangelegenheden ('*contre la chose public*'). De tweede titel behandelde de *crimes* en *délits* tegen particulieren ('*contre les particuliers*'). Meer dan de helft van de strafbepalingen (de overtredingen buiten beschouwing gelaten) werd beschouwd als een delict tegen de '*chose publique*'.⁹³

Een goede illustratie van de bescherming van het bezit boden de bepalingen over diefstal, opgenomen in de tweede titel ('*crimes et délits contre les particuliers*'). De meest eenvoudige vorm van diefstal (*vol*) stond in art. 379 CP:

⁸⁹ Zie ook het arrest van de Hoge Raad van 16 juni 1840, W 117 dat hierna in Hoofdstuk 4, par. 3.5 wordt besproken.

⁹⁰ Art. 40 CP. Ook bepaalde art. 41 CP dat een deel van de opbrengst van het werk dat de veroordeelde deed in een fonds moest worden gestort voor als de veroordeelde vrij kwam: '*Les produits du travail de chaque détenu pour délit correctionnel, seront appliqués, partie aux dépenses communes de la maison, partie à lui procurer quelques adoucissements, s'il les mérite, partie à former pour lui, au temps de sa sortie, un fonds de réserve ; le tout ainsi qu'il sera ordonné par des règlements d'administration publique.*'

⁹¹ Art. 43 CP beperkte de mogelijkheden om art. 42 CP (opschorting rechten) toe te passen tot de gevallen waarin de wet dat expliciet voorschreef.

⁹² Wel konden alle veroordeelden voor *crimes* en *délits* als extra straf worden veroordeeld tot een ondertoezichtstelling van de politie (*surveillance de la haute police*) zie art. 44 CP.

⁹³ Volgens Van Ruller 57% van de strafbepalingen, zie Van Ruller 1994, p. 73.

‘Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.’ (‘Al wie eenig goed dat hem niet toebehoort, arglistig wegneemt, maakt zich schuldig aan dieverij.’⁹⁴)

De eenvoudigste vorm van diefstal kende de laagste straf: minimaal één en maximaal vijf jaar gevangenisstraf (*emprisonnement*) met de mogelijkheid voor de rechter om daarnaast een boete van zestien tot maximaal vijfhonderd *francs* op te leggen.⁹⁵ De bedreigde straf was *emprisonnement*, dus deze strafbare gedraging werd gekwalificeerd als een *délit*. Alle andere vormen van diefstal, zoals diefstal met geweld, ’s nachts, met meerdere personen, van vee, door braak of met een valse sleutel, werden bestraft als *crimes*. Deze vormen van diefstal werden bestraft met de doodstraf, levenslange of tijdelijke dwangarbeid of opsluiting in een tuchthuis (*réclusion*).⁹⁶ Zoals hiervoor bleek, bracht de systematiek van de Code pénal met zich mee dat een veroordeling tot één van deze straffen ook leidde tot een brandmerk en/of de tentoonstelling van de veroordeelde aan de schandpaal op een schavot.⁹⁷ Deze manier van straffen beschouwt Monballyu als typerend voor de strengheid van de Code pénal.⁹⁸

2.2.3. Het tweede boek van de Code pénal

In het tweede boek stond de uitbreiding en beperking van strafrechtelijke aansprakelijkheid centraal. De groep strafbare personen werd op twee manieren uitgebreid, namelijk door het aanwijzen van *personnes punissables* (art. 59-63 CP) en door het aanwijzen van *personnes responsables* (art. 73 CP). De groep personen die op grond van de Code pénal werd aangemerkt als ‘*personnes punissables*’ omvatte een ieder die op enige manier betrokken was bij het tot stand komen van de strafbare gedraging. Deze betrokkenheid maakte van deze personen geen mededaders (*co-auteurs*), maar wel *complices* (medeplichtigen).

Het begrip *complice* omvatte verschillende vormen van betrokkenheid, zo blijkt uit art. 60 CP. Een *complice* kon degene zijn die de strafbare gedraging had veroorzaakt (door giften of misbruik van gezag) of er opdracht toe had gegeven.⁹⁹ Daarnaast was ook degene die wapens, instrumenten of andere hulpmiddelen aan de dader had

⁹⁴ Vertaling ontleend aan Schooneveld 1855.

⁹⁵ Zie art. 401 CP, dat de straffen specificeert voor poging tot diefstal en ongespecificeerde (= eenvoudige) diefstal.

⁹⁶ Vgl. de artt. 381, 382, 383, 384, 385, 386 e.v. CP.

⁹⁷ Vgl. de artt. 18, 20 en 22 CP.

⁹⁸ Monballyu 2006, p. 48-49.

⁹⁹ Art. 60 CP: ‘*Seront punis comme complices d’une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d’autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action, ou donné des instructions pour la commettre (...)*.’

verschafft die bedoeld waren om te worden gebruikt bij het begaan van een strafbare gedraging, een *complice*.¹⁰⁰ Een derde vorm van strafbare betrokkenheid was het met kennis helpen van een pleger of de plegers van een strafbare gedraging.¹⁰¹ Bij bepaalde strafbare feiten, zoals bij delicten tegen de openbare orde of de staatsveiligheid, was ook het verschaffen van onderdak, een schuilplaats of een ruimte voor vergaderingen strafbaar als *complicité* als de betrokkene wist dat de persoon aan wie onderdak werd verschafft een dergelijk delict had begaan.¹⁰² Ook het bewust (*sciemment*) verbergen van goederen die door verduistering of op andere wijze via een *crime* of *délit* verkregen waren, werd beschouwd als een vorm van *complicité*. De *complice* kon dus voor, tijdens of na het delict behulpzaam zijn geweest en daarvoor aansprakelijk zijn. *Complices* werden bestraft met dezelfde straf(fen) als de plegers (*l'auteurs*) van de *crime* of het *délit*.¹⁰³

Behalve door het aanwijzen van *personnes punissables* breidde de Code pénal de aansprakelijkheid uit door het aanwijzen van *personnes responsables*. Art. 73 CP richtte zich daarbij specifiek tot de *aubergistes et hôteliers* (hoteliers en logementhouders). Zij werden in art. 73 CP aansprakelijk gesteld voor de schade ontstaan als gevolg van een *crime* of *délit* begaan door een gast waarvan zij de gegevens niet (juist) in hun (gasten)register hadden genoteerd.¹⁰⁴ De hoteliers en logementshouders werden dus aansprakelijk gehouden hoewel ze geen directe bijdrage leverden aan de strafbare gedraging. Dit punt kwam ter sprake tijdens een vergadering van het

¹⁰⁰ Vervolg art. 60 CP: '(...) Ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir (...).'

¹⁰¹ Vervolg art. 60 CP: '(...) Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action, dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée (...).'

¹⁰² Art. 61 CP.

¹⁰³ Art. 59 CP.

¹⁰⁴ Zie art. 73 CP: 'Les aubergistes et hôteliers convaincus d'avoir logé, plus de vingt-quatre heures, quelqu'un qui, pendant son séjour, aurait commis un crime ou un délit, seront civilement responsables des restitutions des indemnités et des frais adjugés à ceux à qui ce crime ou ce délit aurait causé quelque dommage, faute par eux d'avoir inscrit sur leur registre le nom, la profession et le domicile du coupable; sans préjudice de leur responsabilité dans le cas des articles 1952 et 1953 du Code Napoléon.' Vrij vertaald betekend dit: Herbergiers en hoteliers die schuldig worden/zijn bevonden aan het te logeren hebben (gehad), meer dan vierentwintig uur, van iemand die tijdens zijn verblijf een *crime* of *délit* begaat, is wettelijk (civielrechtelijk) aansprakelijk voor het betalen van een schadevergoeding voor de schade ontstaan door het door de niet geregistreerde gast gepleegde feit (*crime* of *délit*). De herbergier is aansprakelijk als het zijn fout is dat het register niet de naam, het beroep en de woonplaats van de (criminele) gast vermeldt; dit alles doet niet af aan hun aansprakelijkheid op grond van de artt. 1952 en 1953 van de Code civil. Het niet noteren van iemands naam, beroep en woonplaats was op zichzelf ook strafbaar, maar dan op grond van art. 475 onder 2 CP (een *contravention*).

Corps Législatif over de ontwerptekst van de Code pénal. Namens de regering merkte Riboud op dat deze aansprakelijkheid gebaseerd was op de invloed en autoriteit die de verantwoordelijk gehouden persoon had over de pleger(s) van het feit.

‘En matière criminelles comme en matière civiles, certaines personnes peuvent encourir une responsabilité légale, sans avoir participé au crime ou délit: cette responsabilité ne s’étend point à la peine prononcée, elle ne porte que sur le dommage fait à autrui. Elle a lieu (...) en raison de l’influence ou de l’autorité des personnes responsables sur les auteurs de l’action punissable.’

De hoteliers en herbergiers werden niet bestraft alsof zij hadden deelgenomen aan of hadden geholpen bij de totstandkoming van de strafbare gedraging die schade had veroorzaakt. Art. 73 CP verplichtte hen alleen tot het vergoeden van deze schade.¹⁰⁵ Het ging hier om een civielrechtelijke aansprakelijkheid in de Code pénal die los stond van de civielrechtelijke aansprakelijkheid ex de artt. 1952 en 1953 van de Code civil.

Naast de bepalingen die leidden tot uitbreiding van aansprakelijkheid, bevatte boek II ook bepalingen die de aansprakelijkheid konden beperken of wegnemen. Het feit of de omstandigheid waardoor de strafbaarheid van een gedraging werd opgeheven of de straf kon worden verlaagd, werd *‘fait d’excuse’* genoemd. In de Code pénal werden twee soorten *faits d’excuse* onderscheiden: gronden die de strafbaarheid volledig ophieven (*excuses péremptoires*) en gronden die leiden tot strafvermindering (lager dan de wettelijke minimumstraf) en die de straf in bepaalde gevallen tot nul konden reduceren (*excuses atténuantes*). Deze gronden komen in het volgende hoofdstuk uitgebreid aan de orde.¹⁰⁶

Behalve via de *faits d’excuse* kon de rechter onder bepaalde voorwaarden ook op grond van art. 463 CP de straf voor een *délit* verlagen op grond van verzachtende omstandigheden. Deze verzachtende omstandigheden werden door de Code pénal niet gespecificeerd. Dit liet de rechter vrij om alle zijns inziens relevante omstandigheden die grond konden zijn voor een lagere straf in zijn overwegingen te betrekken. De mogelijkheid tot strafverlaging bestond, blijkens art. 463 CP, echter alleen ter zake van die *délits* waarvan de schade minder dan 25 francs bedroeg en die bestraft werden met *emprisonnement* (opsluiting voor minstens 6 dagen tot maximaal vijf jaar):

¹⁰⁵ *Rapport* door dhr. Riboud tijdens de vergadering van 13 februari 1810, Locré 1831, p. 285.

¹⁰⁶ Zie Hoofdstuk 3, par. 3.

Art. 463 CP

Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n'excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l'amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police.

Als aan deze voorwaarden was voldaan, kon de rechter de termijn van opsluiting en/of de boete dus verlagen tot de straffen voor *contraventions*, maar niet tot minder dan deze. Het geheel kwijtschelden van de straf was niet mogelijk, maar de rechter kon er wel voor kiezen om alleen een opsluiting of alleen een boete op te leggen, in plaats van beide.

2.2.4. Het vierde boek van de Code pénal

Het vierde boek van de Code pénal verschilde qua opzet van de eerste drie boeken. Zoals uit de titel van boek II, maar ook uit de titels van het eerste en derde boek bleek, golden de daarin opgenomen bepalingen in beginsel alleen voor de gedragingen die bestraft werden als *crime* of *délit*. Hierdoor ontstaat de indruk dat het vierde boek van de Code pénal dat gaat over de *contraventions* min of meer op zichzelf staat.¹⁰⁷

Ten aanzien van de *contraventions* heeft de Franse wetgever in één boek, in 19 artikelen, alle onderwerpen geregeld die in de andere drie boeken voor de *crimes* en *délits* waren vastgelegd. Het vierde boek was verdeeld in twee hoofdstukken. In het eerste hoofdstuk werden de straffen, de *peines de police*, besproken. Deze *peines de police* waren: een geldboete van 1 tot 15 Franse *francs*, een gevangenisstraf (*emprisonnement*) van minstens één dag en maximaal vijf dagen en een algemene verbeurdverklaring.¹⁰⁸ In het tweede hoofdstuk van boek IV werden de gedragingen die als *contraventions* bestraft werden, beschreven. De strafbare gedragingen waren verdeeld in drie klassen en aan elke klasse was een minimum- en een maximumstraf gekoppeld. De gedragingen stonden per klasse omschreven in de subbepalingen van een wetsartikel; de *contraventions* eerste klas in art. 471 sub 1 t/m 14, de *contraventions*

¹⁰⁷ Vgl. Wertheim: 'De beide eerste boeken van den Code Pénal leeren ons, dat er enkele gronden zijn, die eene aanmerkelijke wijziging in de strafbaarheid der misdrijven en wanbedrijven te weeg brengen. Die voorschriften evenwel betreffen uitsluitend misdaden of wanbedrijven, terwijl men ten opzichte der overtredingen tot het vierde boek is beperkt.' Wertheim 1860, p. 206.

¹⁰⁸ Art. 464 CP.

tweede klas in art. 475 sub 1 t/m 13 en de *contraventions* derde klas in art. 479 CP sub 1 t/m 8.¹⁰⁹

De *première classe de contraventions* werd bestraft met een geldboete van minimaal één en maximaal vijf *francs*.¹¹⁰ Bij recidive moest een gevangenisstraf van maximaal drie dagen worden opgelegd.¹¹¹ Voorbeelden van strafbare gedragingen waren het uit onvoorzichtigheid vuiligheden op iemand werpen (art. 471 sub 12)¹¹² en het plukken en/of ter plekke opeten van het fruit van de bomen of struiken van een ander (art. 471 sub 9).

De *contraventions* tweede klas stonden omschreven in art. 475 CP. Herbergiers, logementhouders en andere verhuurders van woonruimte waren op grond van dit artikellid bijvoorbeeld strafbaar als ze nalieten een gastenboek of -register bij te houden (art. 475 sub 2).¹¹³ Op grond van sub 4 waren degenen strafbaar die paarden, trek-, last- of rijdieren op een woonerf hadden laten lopen, of de reglementen tegen het overladen, hard rijden, of kwalijk besturen van rijtuigen hadden overtreden.¹¹⁴ De gedragingen die werden bestraft als *contraventions* tweede klasse werden bestraft met minimaal vijf en maximaal tien *francs* boete of, bij recidive, met maximaal vijf dagen gevangenisstraf.¹¹⁵

De *contraventions* derde klas (art. 479 CP) werden het zwaarst gestraft, met boetes van elf tot vijftien *francs* en maximaal vijf dagen gevangenisstraf. Ook bij

¹⁰⁹ In totaal 35 bepalingen, die vaak meerdere gedragingen in één zin strafbaar stellen (zoals te hard rijden, slecht besturen en verkeerd beladen van wagens).

¹¹⁰ Art. 471 aanhef CP.

¹¹¹ Art. 474 CP. Uitzondering op deze recidiveregeling was art. 473 CP, dat bepaalde dat altijd een gevangenisstraf moest worden opgelegd ter zake van het afschieten van vuurwerk (art. 471 sub 2 CP) en het rapen van aren of het plukken van druiven voor zonsopgang of na zonsondergang, voordat de oogst binnen is gehaald (art. 471 sub 10).

¹¹² Art. 471 sub 12 CP: 'Ceux qui imprudemment auront jeté des immondices sur quelque personne.'

¹¹³ Art. 475 sub 2 CP: 'Les aubergistes, hôteliers, logeurs ou loueurs de maisons garnies, qui auront négligé d'inscrire de suite, et sans aucun blanc, sur un registre tenu régulièrement, les nom, qualités, domicile habituel, dates d'entrée et de sortie de toute personne qui aurait couché ou passé une nuit dans leurs maisons; ceux d'entre eux qui auraient manqué à représenter ce registre aux époques déterminées par les règlements, ou lorsqu'ils en auraient été requis, aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police, ou aux citoyens commis à cet effet: le tout sans préjudice des cas de responsabilité mentionnés dans l'article 73 du présent Code, relativement aux crimes ou aux délits de ceux qui, ayant logé ou séjourné chez eux, n'auraient pas été régulièrement inscrits.'

¹¹⁴ Art. 475 sub 4 CP: 'Ceux qui auront fait ou laissé courir les chevaux, bêtes de trait, de charge ou de monture, dans l'intérieur d'un lieu habité, ou violé les règlements contre le chargement, la rapidité ou la mauvaise direction des voitures.'

¹¹⁵ Artt. 475 en 478 CP: 'La peine de l'emprisonnement pendant cinq jours au plus, sera toujours prononcée, en cas de récidive, contre toutes les personnes mentionnées dans l'article 475.'

recidive moest de rechter veroordelen tot vijf dagen gevangenisstraf.¹¹⁶ In deze derde categorie vielen onder meer het veroorzaken van schade door onvoorzichtig of onverstandig gebruik van wapens en het gooien van stenen of andere harde dingen (art. 479 sub 3 CP).¹¹⁷ Ook activiteiten zoals waarzeggen of het verstoren van de nachtrust door het maken van ‘nachtgeruchten’ waren strafbaar als *contravention* van de derde klasse.¹¹⁸

3. Het Franse strafprocesrecht: de Code d’instruction criminelle uit 1808

3.1. Inleiding

Vóór de Franse Revolutie bestond het strafrecht, als gezegd, uit een onoverzichtelijke verzameling ordonnances, edicten en decreten, aangevuld met gewoonterecht.¹¹⁹ Vanaf ongeveer 1760 begonnen verschillende denkers, onder wie Beccaria, kritiek te uiten op de bestaande strafrechtspraktijk. Kritiekpunten waren het gebruik van tortuur, de oncontroleerbaarheid van het vooronderzoek, de arbitraire bevoegdheden van rechters en het gebrek aan verdedigingsmogelijkheden voor verdachten.¹²⁰ Net als de Code pénal was ook de Code d’instruction criminelle (hierna ook: CIC) onderdeel van de hervorming van het strafrecht, en een reactie op het *ancien régime* van voor de Franse Revolutie. Dat was bijvoorbeeld zichtbaar in de zeer gedetailleerde bepalingen omtrent de bevoegdheden van de *juge d’instruction*.

Ook de (strikte) uitwerking van bepaalde principes werd beschouwd als typisch voor de Code d’instruction criminelle. Het meest opvallend was de effectuering van de scheiding der machten in het strafproces: de taken vooronderzoek, vervolging en berechting waren aan verschillende ambtenaren en instanties toebedeeld. De vervolging was opgedragen aan het *ministère public*, het vooronderzoek aan de *juge d’instruction* en de rechtspraak aan rechters in verschillende instanties.¹²¹ De bevoegdheidsverdeling tussen de *procureur impérial* en de *juge d’instruction* in het vooronderzoek was een duidelijk voorbeeld van de wijze waarop in de CIC

¹¹⁶ Art. 482 CP.

¹¹⁷ ‘Ceux qui auront occasionné les mêmes dommages par l’emploi ou l’usage d’armes sans précaution ou avec maladresse, ou par jet de pierres ou d’autres corps durs’. Vertaling: Bilderdijk 1811a, p. 305.

¹¹⁸ Zie artt. 479 sub 7 (waarzeggen) en 479 sub 8 (nachtgeruchten) CP. Vgl. ook de strafbaarstelling van rumoer of burengerucht ’s nachts in het huidige art. 431 Sr.

¹¹⁹ Van Ruller 1987, p. 17.

¹²⁰ Monballyu 2006, p. 40-41, Van Hattum 2012, p. 173.

¹²¹ Boulloc, Stefani & Levasseur 2008, p. 63-64.

de scheiding van functies was doorgevoerd.¹²² Van Ruller constateerde dat deze machtscheiding in de praktijk overigens niet heel strikt werd gehandhaafd, ten behoeve van een meer slagvaardige justitie.¹²³

Ook nieuw was de doorvoering van het principe van '*le double degré de juridiction*', waarmee werd bedoeld dat tegen een einduitspraak in eerste aanleg in beginsel hoger beroep mogelijk was bij een hogere instantie.¹²⁴ Het *Cour de cassation* toetste als hoogste instantie einduitspraken op schending van de wet (*violation de la loi*), vormverzuimen en jurisdictiegeschillen.¹²⁵

Ook kenmerkend voor de Code d'instruction criminelle was '*l'unité de la justice civile et de la justice répressive*'.¹²⁶ Dit betekende dat niet alleen het *ministère public* (openbaar ministerie), maar ook een particulier die stelde schade te hebben geleden als gevolg van een strafbare gedraging, een strafvervolgning aanhangig kon maken.¹²⁷ Op verschillende plaatsen in het wetboek waren daarom ook bepalingen ten behoeve van de civiele partij te vinden.¹²⁸ Net als het openbaar ministerie en de verdachte kon de civiele partij getuigen oproepen, bewijs aanleveren en hoger beroep of beroep in cassatie instellen.¹²⁹ Door de erkenning van de civiele partij als partij in

¹²² Rijksen 1946, p. 66, Verrest karakteriseert de taakverdeling tussen *juge d'instruction* en *procureur impérial* als een systeem van 'checks en balances', Verrest 2011, p. 42-45.

¹²³ De *juge d'instruction* was behalve rechter ook opsporingsambtenaar (art. 9 CIC) en de *procureur impériale* (officier van justitie) kon zich door een rechter van het *tribunal correctionnel* laten vervangen, Van Ruller 1994, p. 64.

¹²⁴ Tegen uitspraken van het *cour d'assises* was geen hoger beroep mogelijk, maar wel cassatie. Boulloc, Stefani & Levasseur 2008, p. 64. De verklaring hiervoor zou zijn dat de Franse wetgever op deze manier de jury als de stem des volks respecteerde, zie Van Boven 1990, p. 245 en Melai 1968, p. 96.

¹²⁵ Carnot 1812, p. 360-361. Zie voor de cassatiegronden art. 408 CIC. Mogelijk kan de nadruk op '*la loi*' verklaard worden door het belang dat in deze periode in Frankrijk werd toegekend aan het legaliteitsbeginsel.

¹²⁶ Boulloc, Stefani & Levasseur 2008, p. 63.

¹²⁷ Dit blijkt uit art. 1 CIC '*L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage.*' Het onderzoek naar een bepaalde gedraging kan worden aangevangen op basis van de vordering van een particulier die schade stelt te hebben geleden (zie ook art. 145 en 182 CIC). Dit verzoek om schadevergoeding is onderdeel van het strafproces, zie de artt. 1, 2 en 635 e.v. CIC. Zie verder Bourguignon 1825, p. II-506.

¹²⁸ De civiele partij in dit kader is ieder die beweert te zijn geschaad door de *crime* of het *délit*. Zie art. 63 CIC: '*Toute personne qui se prétendra lésée par un crime ou délit, pourra en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction, soit du lieu du crime ou délit, soit du lieu de la résidence du prévenu, soit du lieu où il pourra être trouvé.*'

¹²⁹ Zie o.m. de artt. 182, 187 CIC etc.

het strafgeding, kende het strafproces anno 1810 vaak vier spelers: de verdachte, het openbaar ministerie, de rechter en de civiele partij.

De CIC bestond uit twee boeken en enkele preliminaire bepalingen. Het wetboek besloeg 643 artikelen. De twee boeken bakenden twee fases in het strafproces af: het vooronderzoek en de zitting. De scheiding tussen deze twee fases was representatief voor de 19^e-eeuwse Franse (straf)procedure: 'eerst een geheim en inquisitoir vooronderzoek, daarna een openbare berechting met accusatoir karakter,' aldus Van Ruller.¹³⁰ Ik volg in de bespreking van de belangrijkste punten van het Franse strafprocesrecht de indeling van de Code d'instruction criminelle. Dat betekent dat hieronder eerst het vooronderzoek wordt behandeld en dat daarna het onderzoek ter terechtzitting aan de orde komt.

3.2. Het vooronderzoek

Het eerste boek van de CIC, getiteld '*de la police judiciaire et les officiers qui l'exercent*' (van de rechterlijke politie en de ambtenaren daarmee belast), behandelde de bevoegdheden van de ambtenaren die bij het vooronderzoek waren betrokken. De term '*police*' (politie) lijkt hier te verwijzen naar een bepaalde taak, zoals de *police judiciaire*, die werd uitgeoefend door een bepaalde groep ambtenaren.¹³¹ Dit blijkt ook uit de formulering van art. 9 CIC waarin werd opgesomd wie de *police judiciaire* uitoefenden; dit gebeurde door veldwachters (*gardes champêtres et les gardes forestiers*), commissarissen van politie (*commissaires de police*), burgemeesters (*maires*), *procureurs impériaux*, officieren van de *gendarmerie*, *juges d'instruction* en vrederechters (*juges de paix*).¹³² Het was hun taak om gepleegde strafbare feiten (*crimes, délits en contraventions*) op te sporen.¹³³

¹³⁰ Van Ruller 1994, p. 60.

¹³¹ Zie ook Van der Burg, die schrijft dat het rond 1790 gebruikelijk was om onder het begrip politie zowel opsporing, vervolging als berechting te scharen. Van der Burg 1961, p. 15 e.v. Rijkssen stelde dat deze zeer ruime opvatting van '*police*' werd ontleend aan één van de voorgangers van de Code du 3 Brumaire an IV. Voluit: de Code des Délits et des Peines du 3 Brumaire an IV (wet van 25 oktober 1795; hierna ook wel Code du 3 Brumaire an IV genoemd): Rijkssen 1946, p. 74. Onder Napoleon veranderde de opvatting over de taak van de politie en werd die beperkt tot opsporing.

¹³² Art. 9 CIC '*La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours impériales, et suivant les distinctions qui vont être établies: Par les gardes champêtres et les gardes forestiers, par les commissaires de police, par les maires et les adjoints de maire, par les procureurs impériaux et leurs substituts, par les juges de paix, par les officiers de gendarmerie, par les commissaires-généraux de police, et par les juges d'instruction.*'

¹³³ Art. 8 CIC. In Frankrijk werd gestreefd naar een volledige scheiding van de administratieve en rechtsprekende macht. Deze scheiding was ook bij de politie doorgevoerd in de vorm van het onderscheid tussen de *police administrative* en de *police judiciaire*. De eerste moest de openbare

De CIC bevatte geen algemene regeling voor de opsporing. In plaats daarvan deelde de CIC specifieke bevoegdheden toe aan bepaalde groepen ambtenaren.¹³⁴ Daarbij werd onderscheid gemaakt tussen de bevoegdheden met betrekking tot de opsporing van *contraventions* en de bevoegdheden met betrekking tot de opsporing van *crimes* en *délits*. In art. 11 CIC werden de bevoegdheden met betrekking tot het opsporen en het verhinderen van *contraventions* opgedragen aan de *commissaires de police* (grote en middelgrote gemeentes) en de *maires* (kleine gemeenten).¹³⁵ De *commissaires de police* en de *maires* moesten processen-verbaal opmaken van de ontvangen klachten, meldingen en aangiften.¹³⁶ Deze stukken (rapporten, aangiftes en processen-verbaal) behoorden daarna binnen drie dagen te zijn overgedragen aan de (politie)ambtenaar die het *ministère public* vertegenwoordigde bij het *tribunal de police*, het gerecht dat bevoegd was van een *contravention* kennis te nemen.¹³⁷

orde handhaven en strafbare feiten voorkomen, de tweede moest de strafbare gedragingen waarvan een vermoeden bestond, opsporen en de dader vinden. Zie Van der Burg 1961, p. 20, De Bosch Kemper 1838, p. 23 e.v. met name p. 235, Boek 1995, p. 41-44 en Aler 1982, p. 43.

¹³⁴ Van der Burg 1961, p. 19. De commissaris van de politie behoorde tot de *police judiciaire*, maar de 'gewone agent' en de *gendarmérie* niet (aangezien ze niet genoemd worden in art. 9 CIC). Zie ook Rijkssen 1946, p. 78-79.

¹³⁵ Art. 11 CIC bepaalde: '*Les commissaires de police, et dans les communes où il n'y en a point, les maires, à leur défaut, les adjoints de maire, rechercheront les contraventions de police même celles qui sont sous la surveillance spéciale des gardes forestiers et champêtres, à l'égard desquels ils auront concurrence et même prévention. Ils recevront les rapports, dénonciations et plaintes, qui seront relatifs aux contraventions de police. Ils consigneront dans les procès-verbaux qu'ils rédigeront à cet effet, la nature et les circonstances des contraventions, le temps et le lieu où elles auront été commises, les preuves ou indices à la charge de ceux qui en seront présumés coupables.*' Dat zij expliciet zowel preventieve bevoegdheden als opsporingsbevoegdheden kregen, was bijzonder omdat hier de strenge scheiding tussen *police judiciaire* en *police administrative* lijkt te zijn losgelaten. De burgemeester had alleen bevoegdheden met betrekking tot de opsporing in kleine gemeenten (minder dan 5000 inwoners). In gemeenten met 5000-10000 inwoners was er één *commissaire de police*. In grotere gemeenten was er voor elke 10000 inwoners meer een extra *commissaire de police*. Rijkssen 1946, p. 63-64.

¹³⁶ Art. 11 CIC eiste dat het proces-verbaal de volgende informatie bevatte: '*(...) la nature et les circonstances des contraventions, le temps et le lieu où elles auront été commises, les preuves ou indices à la charge de ceux qui en seront présumés coupables.*'

¹³⁷ Vgl. 15 CIC. De rechterlijke organisatie komt later in dit hoofdstuk (par. 3.1) aan de orde. Wat betreft de ambtenaar die de rol van het OM vervult nog het volgende. Naar aanleiding van een strafbaar feit kunnen twee acties ontstaan; een civiele, ter vergoeding van schade, en een publieke, als reactie op de verstoring van de maatschappelijke rust. De uitoefening van de publieke actie (*action publique*) was opgedragen aan een ambtenaar van het *ministère public*. In de kantons werd deze functie bij het *tribunal de police* uitgeoefend door de *commissaire de police* of de (adjunct)*maire*. Zie ook Rijkssen 1946, p. 81. De indruk ontstaat dat ten aanzien van de *contraventions* de strikte scheiding van opsporing en vervolging tot op zekere hoogte werd doorbroken, aangezien de *commissaire de police* in de hoofdstad van een kanton zowel aanklager was als ambtenaar met opsporing belast. Vgl. Van der Burg 1961, p. 20.

Wat betreft de *délits* en *crimes* besloot de *procureur impérial* of hij reden zag een onderzoek te starten.¹³⁸ Grond daartoe bestond als de *procureur impérial* kennis kreeg van een (mogelijk) strafbaar feit.¹³⁹ Als tot verder onderzoek besloten werd, was daarmee de eerste fase van de opsporing, de *instruction policière* (het politieonderzoek), begonnen.¹⁴⁰ De *police judiciaire* (dat waren de *gardes champêtres et les gardes forestiers*, de *commissaires de police*, de *procureurs impériaux* enz.) verzamelde inlichtingen ten einde te kunnen bepalen of een vooronderzoek door de *juge d'instruction* nodig was. Vanaf het moment dat door de *procureur impérial* een onderzoek van de *juge d'instruction* was gevorderd, begon een volgende fase in het onderzoek: de *instruction judiciaire* (het gerechtelijke vooronderzoek of de *instruction officielle*). In deze fase vond het eigenlijke vooronderzoek onder leiding van de *juge d'instruction* (rechter-commissaris) plaats.¹⁴¹ Het onderzoek door de *juge d'instruction* was bedoeld om het strafproces voor te bereiden. Dit onderzoek was verplicht bij het vermoeden dat de strafbare gedraging een *crime* opleverde en optioneel als het een *délit* betrof.¹⁴² Bij *contraventions* werd door de *juge d'instruction* geen vooronderzoek gedaan.

¹³⁸ Art. 22 CIC.

¹³⁹ Art. 48 CIC.

¹⁴⁰ Tijdens dit onderzoek konden alleen de beperkte bevoegdheden van de politie worden ingezet: zo kon de politie getuigen alleen uitnodigen om een verklaring af te leggen, maar hen niet onder ede horen. Rijkssen 1946, p. 65.

¹⁴¹ De *juge d'instruction* kon wel getuigen oproepen en onder ede horen. Daarnaast beschikte hij over vier bevelen (de *mandats*) om de verdachte te laten verschijnen, voor te leiden en/of vast te houden, art. 91-94 CIC, Rijkssen 1946, p. 65. In elk arrondissement was in elk geval één *juge d'instruction*. Zie art. 55 CIC: 'Il y aura dans chaque arrondissement communal un juge d'instruction. Il sera choisi par Sa Majesté parmi les juges du tribunal civil, pour trois ans; il pourra être continué plus longtemps, et il conservera séance au jugement des affaires civiles, suivant le rang de sa réception.' Zie voor een overzicht van de historische ontwikkeling van de rechter-commissaris het proefschrift van P.A.M. Verrest, *Raison d'être. Een onderzoek naar de rol van de rechter-commissaris in ons strafproces* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011. Art. 55 CIC spreekt van *tribunal civil*, maar volgens Van Boven werden de *tribunaux civils* vervangen door de *tribunaux de première instance* in de Franse Constitutie van 1799 (Van Boven 1990, p. 229, 494.) Kennelijk was het *tribunal correctionnel* een kamer van het *tribunal de première instance* (zie ook art. 179 CIC waaruit blijkt dat het *tribunal de première instance* onder de titel *tribunal correctionnel* oordeelde over *délits* en het schematisch overzicht van Van Boven, getiteld 'De rechterlijke organisatie in de Franse tijd, 1811-1813' op p. 247 e.v.). Deze *tribunaux de première instance* bevonden zich in de hoofdsteden van de arrondissementen (althans in Nederland na de invoering van de Franse rechterlijke organisatie). Dit *tribunal de première instance* zou de voorloper zijn van de (huidige) rechtbank van eerste aanleg. Van Boven 1990, p. 238-240.

¹⁴² Wat betreft de *délits* alleen bij moeilijke gevallen of als men de verdachte in hechtenis wilde nemen. Rijkssen 1946, p. 67. Anders Verrest die stelt dat het onderzoek door de *juge d'instruction* (de *information judiciaire*) in beginsel zowel bij *crimes* als *délits* werd gevorderd,

De bevoegdheden die in het vooronderzoek aan de opsporingsautoriteiten waren toegekend, verschilden afhankelijk van de situatie: er werd onderscheid gemaakt tussen bevoegdheden bij heterdaad en bevoegdheden buiten heterdaad. Buiten heterdaad had de *juge d'instruction* een vordering van de *procureur impérial* nodig om een vooronderzoek te kunnen starten.¹⁴³ Het in de vordering omschreven feit bond de *juge d'instruction* bij dat vooronderzoek.¹⁴⁴ De *procureur impérial* kon dit vooronderzoek buiten heterdaad niet zelf verrichten, omdat hij daarvoor de bevoegdheden niet had.¹⁴⁵ Alleen bij heterdaad kon de *procureur impérial* opsporingshandelingen verrichten (zoals het doorzoeken van een huis of het arresteren van een verdachte) om bewijs veilig te stellen.¹⁴⁶ De verzamelde bewijsstukken en processen-verbaal werden daarna door de *procureur impérial* zo snel mogelijk naar de *juge d'instruction* gestuurd.¹⁴⁷ Ten behoeve van het verzamelen van bewijs kon de *juge d'instruction* huizen en andere plaatsen doorzoeken, getuigen onder ede horen en de verdachte in voorlopige hechtenis laten nemen.¹⁴⁸

De *juge d'instruction* bracht wekelijks rapport uit aan de *chambre du conseil* (de raadkamer) over de lopende onderzoeken. De *chambre du conseil* was een speciale raadkamer van het *tribunal correctionnel* waar de *juge d'instruction* ook zelf deel van uitmaakte.¹⁴⁹ Deze *chambre du conseil* besliste, als het onderzoek door de *juge*

behalve bij de meest eenvoudige zaken. Hij komt tot deze conclusie op basis van de beperkte onderzoeksmogelijkheden van de *procureur impérial*, die daardoor doorgaans over te weinig bewijs zou beschikken om gelijk tot dagvaarding over te kunnen gaan. Verrest 2011, p. 37-38.

¹⁴³ Rijkssen 1946, p. 66-69. De uitzondering hierop waren de gevallen waarin de *juge d'instruction* zelf kennis kreeg van een strafbare gedraging. In die gevallen kon hij onderzoek doen en klachten in ontvangst nemen, omdat hij net als de andere ambtenaren die bevoegd waren tot opsporing, behoorde tot de *police judiciaire* (zie opsomming ambtenaren in art. 9 CIC en hiervoor, p. 16). Dit kon leiden tot een (kleine) doorkruising van de machtenscheiding tussen opsporing en vervolging, want de *procureur impérial* nam buiten heterdaad soms dus wel een vervolgingsbeslissing Vgl. Verrest 2011, p. 37 e.v.

¹⁴⁴ Rijkssen 1946, p. 69. Vanaf het moment dat de *procureur impérial* een vordering tot onderzoek door de *juge d'instruction* had gedaan, ging ook de leiding over het onderzoek over op de *juge d'instruction*. Van Ruller 1994, p. 63.

¹⁴⁵ Met uitzondering van de basisbevoegdheden van de *police judiciaire* zoals het aannemen van klachten en het opmaken van proces-verbaal. Zie ook Rijkssen 1946, p. 66.

¹⁴⁶ Zie art. 32-46 CIC en Rijkssen 1946, p. 66-67.

¹⁴⁷ Art. 45 CIC '*Le procureur impérial transmettra sans délai, au juge d'instruction, les procès-verbaux, actes, pièces et instruments dressés ou saisis en conséquence des articles précédents, pour être procédé ainsi qu'il sera dit au chapitre des Juges d'instruction ; et cependant le prévenu restera sous la main de la justice en état de mandat d'amener.*'

¹⁴⁸ Zie ondermeer de artt. 91, 92, 94, 113 en 114 CIC en hiervoor onder voetnoot 139.

¹⁴⁹ Rijkssen meende dat de *chambre du conseil* minstens éénmaal per week door de *juge d'instruction* werd geïnformeerd over de zaken waarin hij onderzoek deed. Rijkssen 1946, p. 71. Anders Postma die meende dat onduidelijk was of de *juge d'instruction* wekelijks moest rapporteren.

d'instruction was afgerond, of er voldoende gegevens waren om de vervolging voort te zetten.¹⁵⁰ Het ging daarbij niet over de vraag of er voldoende bewijs was, maar of er voldoende aanwijzingen waren die het voeren van een strafproces konden rechtvaardigen.¹⁵¹ Als er onvoldoende aanwijzingen waren dat er een strafbare gedraging had plaatsgevonden, verklaarde de *chambre du conseil* dat er geen verdere vervolging zou plaatsvinden:

*'Si les juges sont d'avis que le fait ne présente ni crime, ni délit, ni contravention, ou qu'il n'existe aucune charge contre l'inculpé, il sera déclaré qu'il n'y a pas lieu à poursuivre que le fait ne présente ni crime, ni délit, ni contravention (...).'*¹⁵²

Bij voldoende aanwijzingen van een strafbare gedraging moest de *chambre du conseil* beslissen om wat voor soort feit het ging ten einde de zaak naar de bevoegde rechter te kunnen verwijzen (*renvoyé*). Als de gedraging zou kunnen worden bestraft als een *contravention*, werd de zaak doorverwezen naar het *tribunal de simple police*.¹⁵³ Was het een gedraging die bestraft kon worden met een *peine correctionnelle*, dan werd de zaak doorgestuurd naar een *tribunal correctionnel*.¹⁵⁴

Als echter één van de drie rechters van de *chambre du conseil* van oordeel was dat het een gedraging betrof die in de termen viel van een wettelijk omschreven gedraging die als *crime* bestraft kon worden, dan ging de zaak naar de *chambre des mises en accusation* (kamer van inbeschuldigingstelling) van het *cour impériale* (keizerlijk gerechtshof). Deze *chambre des mises en accusation* beoordeelde opnieuw of er voldoende grond(en) waren voor het voortzetten van de vervolging in een bepaalde zaak.¹⁵⁵ De rechters van de *chambre des mises en accusation* hadden vervolgens min

Volgens haar zou art. 127 CIC ook zo kunnen worden gelezen dat de *juge d'instruction* pas na het afronden van een onderzoek de wekelijks bijeenkomende raadkamer (de *chambre du conseil*) daarvan in kennis stelde. Postma 1999, p. 9. Een middenweg wordt verdedigd door Verrest die er vanuit gaat dat de wekelijkse besprekingen zich richtten op de zaken waar een vervolgingsbeslissing zich aandiende, aangezien er tot op dat moment weinig mogelijkheden voor de *chambre du conseil* waren om zich met een onderzoek van de *juge d'instruction* te bemoeien. Verrest 2011, p. 40.

¹⁵⁰ De verslaglegging was geregeld in art. 127 CIC. Zie ook Rijkssen 1946, p. 71 e.v.

¹⁵¹ Rijkssen 1946, p. 71-72. Volgens Postma werd in dit stadium ook de vraag of er sprake was van strafuitsluitende omstandigheden in de overwegingen betrokken. Postma 1999, p. 9 e.v.

¹⁵² Art. 128 CIC: Dit komt neer op: 'Als de rechters van oordeel zijn dat het feit noch *crime*, noch *délit*, noch *contravention*, oplevert en er bestaat ook geen andere klacht tegen de verdachte, wordt verklaard dat er geen reden voor vervolging is (...)'.
¹⁵³ Art. 129 CIC.

¹⁵⁴ Art. 130 CIC.

¹⁵⁵ Art. 133 CIC 'Si, sur le rapport fait à la chambre du conseil par le juge d'instruction, les juges ou l'un d'eux estiment que le fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes, et que la prévention contre l'inculpé est suffisamment établie, les pièces d'instruction, le procès-

of meer dezelfde mogelijkheden als de *chambre du conseil*. Bij voldoende grond voor een vervolging verwezen zij de zaak naar de bevoegde rechter: in het geval van een *contravention* naar het *tribunal de simple police*, een *délit* naar het *tribunal correctionnel*. Bij *crimes* stelden zij een *acte d'accusation* (akte van beschuldiging) op, zodat de zaak behandeld kon worden door het *cour d'assises*.¹⁵⁶ Als de rechters van de *chambre des mises en accusation* van oordeel waren dat er onvoldoende aanwijzingen voor een strafbare gedraging bestonden, stelden zij de verdachte in vrijheid.¹⁵⁷

3.3. Het tweede boek van de CIC

3.3.1. Inleiding

In het tweede boek van de Code d'instruction criminelle stonden de rechtspraak en de gang van zaken ter terechtzitting centraal. De rechterlijke organisatie had een strakke hiërarchie die aansloot bij de bestuurlijke indeling van het keizerrijk.¹⁵⁸ Het keizerrijk bestond in bestuurlijk opzicht uit zes bestuurslagen. Het hoogste niveau werd gevormd door het keizerrijk, daaronder zaten de regio's die weer bestonden uit departementen. De departementen waren op hun beurt onderverdeeld in arrondissementen die weer waren opgesplitst in kantons; onder de kantons stonden tot slot de gemeenten.

In aansluiting op deze bestuurlijke indeling was er voor het gehele keizerrijk één *Cour de cassation* (Hof van cassatie) dat de cassatierechtspraak voor zijn rekening nam.¹⁵⁹ Het *Cour de cassation* was de hoogste rechtsprekende instantie in het keizerrijk, gevestigd te Parijs. In elke regio was er een *cour impériale* (keizerlijk gerechtshof).¹⁶⁰

verbal constatant le corps du délit, et un état des pièces servant à conviction, seront transmises sans délai, par le procureur impérial, au procureur général de la cour impériale, pour être procédé ainsi qu'il sera dit au titre des Mises en accusation. Les pièces de conviction resteront au tribunal d'instruction, sauf ce qui sera dit aux articles 248 et 291.' Ter verduidelijking: het *cour d'assises* was een ad-hoc afdeling van het *cour impériale* die één keer per kwartaal bijeenkwam in de departementshoofdstad. Dit college werd samengesteld uit rechters van het *cour impériale* of het *tribunal de première instance* en bijgestaan door een lekenjury. Van Boven 1990, p. 250.

¹⁵⁶ Art. 133 jo. 231 CIC. Op grond van art. 133 CIC werd een feit dat werd bestraft met een lijfstraf of ontorende straf doorverwezen naar de *chambre des mises en accusation*. Deze *chambre* bekeek het dossier en de bewijsstukken en besliste over doorverwijzing van *crimes* naar het *cour d'assises*, zie art. 231 CIC 'Si le fait est qualifié crime par la loi, et que la cour trouve des charges suffisantes pour motiver la mise en accusation, elle ordonnera le renvoi du prévenu soit aux assises (...).'

¹⁵⁷ Zie art. 229 e.v. CIC

¹⁵⁸ Bosch 2011, p. 33.

¹⁵⁹ Van Boven 1990, p. 248.

¹⁶⁰ Vgl. Van Boven 1990, p. 249.

De competentie van deze gerechtshoven betrof voornamelijk appèlrechtspraak.¹⁶¹ Zoals gezegd was de *chambre des mises en accusation* een speciale kamer van het *cour impériale*. In de hoofdstad van elk departement was een *cour d'assises* (Hof van assisen) gevestigd. Dit was geen permanent rechtscollege; het kwam eens in de drie maanden bijeen.¹⁶² In de hoofdsteden van de arrondissementen zetelden de *tribunaux de première instance* (gerechtshoven van eerste aanleg) die als *tribunaux correctionnels* bevoegd waren in strafzaken. Het *tribunal correctionnel* in de hoofdstad van het departement was daarnaast belast met de rechtspraak in appèlzaken tegen vonnissen van de andere *tribunaux correctionnels* in het departement. In de kantons zetelde in de hoofdplaats een *juge de paix* (vrederechter) die inzake *contraventions* optrad als *juge de police* (politierechter) als onderdeel van het *tribunal de simple police*; in de andere gemeenten trad de *maire* (de burgemeester) op als *tribunal de simple police* (rechtbank van eenvoudige politie).¹⁶³

De driedeling van de strafbare feiten werd dus weerspiegeld in de competentieverdeling in eerste aanleg: het *tribunal de simple police* was bevoegd met betrekking tot de *contraventions*, het *tribunal correctionnel* voor de *délits* en het *cour d'assises* ten aanzien van de *crimes*.

¹⁶¹ De gerechtshoven waren bevoegd kennis te nemen van appèlzaken naar aanleiding van civielrechtelijke en strafrechtelijke vonnissen (*délits*) van de *tribunaux de première instance* van de departementshoofdstad, zie ook de artt. 200 en 201 CIC.

¹⁶² In de departementen waar ook een *cour impériale* gevestigd was, werd het *cour d'assises* gevormd door vijf rechters van het *cour impériale* en een *procureur général*. In de andere departementen werd een *cour d'assises* samengesteld uit rechters van het *tribunaux de première instance* (art. 253 CIC). Zie ook noot 153.

¹⁶³ De *juge de police* doet engiszens denken aan de huidige politie- en kantonrechter (straf). De competentie van het *tribunal de simple police* was vastgelegd in art. 138 CIC 'La connaissance des contraventions de police est attribuée au juge de paix et au maire, suivant les règles et les distinctions qui seront ci-après établies'. Zie ook Bosch 2011, p. 34. De *juge de police* was bevoegd ex art. 139 CIC om kennis te nemen van: '1° Des contraventions commises dans l'étendue de la commune chef-lieu du canton; 2° Des contraventions dans les autres communes de leur arrondissement, lorsque, hors le cas où les coupables auront été pris en flagrant délit, les contraventions auront été commises par des personnes non domiciliées ou non présentes dans la commune; ou lorsque les témoins qui doivent déposer n'y sont pas résidents ou présents; 3° Des contraventions à raison desquelles la partie qui réclame conclut, pour ses dommages et intérêts, à une somme indéterminée, ou à une somme excédant 15 fr. 4° Des contraventions forestières poursuivies à la requête des particuliers; 5° Des injures verbales; 6° Des affiches annonces, ventes, distributions ou débits d'ouvrages écrits ou gravures contraires aux mœurs; 7° De l'action contre les gens qui font le métier de deviner et pronostiquer, ou d'expliquer les songes.' De *maire* was op grond van art. 166 CIC als *juge de paix* bevoegd ter zake van: '(...) [C]oncurremment avec les juges de paix, des contraventions commises dans l'étendue de leur commune, par les personnes prises en flagrant délit, ou par des personnes qui résident dans la commune ou qui y sont présentes lorsque les témoins y seront aussi résidents ou présents, et lorsque la partie réclamante conclura pour ses dommages et intérêts à une somme déterminée, qui n'excèdera pas celle de 15 fr. (...)'

3.3.2. De procesgang

De vervolging van een *contravention* voor een *tribunal de simple police* werd aanhangig gemaakt door een dagvaarding (*citation*) van het openbaar ministerie of een civiele partij.¹⁶⁴ De dagvaarding moest minstens 24 uur voor aanvang van de zitting aan de verdachte zijn medegedeeld door de deurwaarder.¹⁶⁵ Een kort bericht (*simple avertissement*) was voldoende; het moest de verdachte informeren over de beschuldiging en de dag en tijd waarop de zaak zou worden behandeld.¹⁶⁶

Behalve de rechter waren op de terechtzitting van het *tribunal de simple police* aanwezig een *commissaire de police* die het Openbaar Ministerie vertegenwoordigde, een griffier en de verdachte.¹⁶⁷ Ter zitting las de griffier de processen-verbaal voor, werden getuigen gehoord en kreeg de verdachte de gelegenheid zich te verdedigen.¹⁶⁸ Vervolgens vatte de *commissaire de police* de zaak samen en formuleerde zijn conclusie, waarop de verdachte kon reageren. De rechter besliste na het sluiten van het onderzoek ter zitting of op de eerstvolgende zitting.¹⁶⁹

De Code d'instruction criminelle regelde de mogelijke uitkomsten van het onderzoek ter terechtzitting. De uitkomst kon zijn dat de gedraging niet strafbaar was, dat de gedraging een *contravention* opleverde of dat de gedraging strafbaar was, maar geen *contravention* was. In het eerste geval concludeerde de rechter dat er geen strafbare gedraging was:

¹⁶⁴ Art. 145 jo. 146 CIC.

¹⁶⁵ Art. 145 CIC: 'Les citations pour contravention de police seront faites à la requête du ministère public ou de la partie qui réclame. Elles seront notifiées par un huissier ; il en sera laissé copie au prévenu, ou à la personne civilement responsable.' De 24 uren- termijn gold op straffe van nietigheid, alhoewel de termijn voor dringende zaken verkort kon worden, mits partijen waren verschenen.

¹⁶⁶ Art. 147 CIC. Als het een *contravention* betrof die behoorde tot de competentie van de *maire*, was ook een deurwaarder niet nodig. De *maire* kon de verdachte zelf berichten over de zaak (art. 169 CIC).

¹⁶⁷ Zie artt. 138, 139, 166 en 144 CIC.

¹⁶⁸ Art. 153 CIC 'L'instruction de chaque affaire sera publique, à peine de nullité. Elle se fera dans l'ordre suivant : Les procès-verbaux, s'il y en a, seront lus par le greffier. Les témoins, s'il en a été appelé par le ministère public ou la partie civile, seront entendus, s'il y a lieu ; la partie civile prendra ses conclusions. La personne citée proposera sa défense et fera entendre ses témoins, si elle en a amené ou fait citer, et si, aux termes de l'article suivant, elle est recevable à les produire. Le ministère public résumera l'affaire et donnera ses conclusions. La partie citée pourra proposer ses observations. Le tribunal de police prononcera le jugement dans l'audience où l'instruction aura été terminée, et, au plus tard, dans l'audience suivante'.

¹⁶⁹ Art. 153 CIC.

*‘Si le fait ne présente ni délit ni contravention de police, le tribunal annulera la citation et tout ce qui aura suivi (...)’.*¹⁷⁰

Als de rechter er niet van overtuigd was dat er een strafbare gedraging had plaats gevonden, werden de dagvaarding en de vervolging door de rechter ‘te niet’ gedaan (*‘annulera’*). Was de rechter wel overtuigd dat sprake was van een strafbare gedraging dan kon hij een straf uitspreken of doorverwijzen. Hij verwees de zaak door als de gedraging geen *contravention*, maar een *délit* of *crime* opleverde; in dat geval was het *tribunal de simple police* niet bevoegd om een straf op te leggen.¹⁷¹ Of hij sprak een straf uit omdat de gedraging strafbaar was als *contravention*.¹⁷²

Het was dus mogelijk dat een strafbare gedraging door de rechter als een ander (soort) strafbaar feit werd aangemerkt dan het feit waarvoor de zaak aanhangig was gemaakt. De rechter onderzocht het materieel omschreven feitencomplex dat bleek uit de dagvaarding; de daaraan verbonden kwalificatie van de gedraging door het *ministère public* was niet bindend.¹⁷³ Zo kon het voorkomen dat de rechter door een andere lezing van de feiten in de gedraging een ander strafbaar feit zag dan de vervolgende instantie daar aanvankelijk in had gezien.

Het *tribunal correctionnel* berechtte de gedragingen die werden bestraft als *délits*.¹⁷⁴ Een *tribunal correctionnel* bestond uit drie rechters; bij de zitting waren verder een griffier en een *procureur impériale* aanwezig.¹⁷⁵ De procedure voor het *tribunal correctionnel* was min of meer vergelijkbaar met de procedure voor het *tribunal*

¹⁷⁰ Art. 159 CIC. In de in art. 159 genoemde gevallen schreef de Code pénal het annuleren van de vervolging voor. Doordat een verdere toelichting op die beslissing niet nodig was, werd niet duidelijk wat de reden voor het annuleren van een vervolging was. Waren de feiten niet bewezen, kon de gedraging niet als strafbaar feit worden gekwalificeerd of was er een andere reden voor het opheffen van de vervolging. Daarnaast besliste de rechter over verzoeken om schadevergoeding.

¹⁷¹ Art. 160 CIC. In dat geval was het *tribunal de simple police* niet bevoegd om een straf op te leggen.

¹⁷² Art. 161 CIC. Tegen de vonnissen van het *tribunal de simple police* stond hoger beroep open bij het *tribunal correctionnel* als de opgelegde boete of de te betalen schadevergoeding hoger was dan vijf Franse francs, zie artt. 172 jo. 174 CIC. De uitspraak van het *tribunal correctionnel* in hoger beroep was vatbaar voor cassatie. Alle partijen (openbaar ministerie, verdachte en civiele partij) konden in cassatie gaan, zie art. 177 CIC.

¹⁷³ Bij de vervolging voor *crimes* lag dit anders. Daar was de *acte d'accusation* het uitgangspunt voor het onderzoek ter zitting, zie Laméris-Tebbenhoff Reijnenberg 1998, p. 33. Zie over de rol van de tenlastelegging in het latere Franse strafrecht ook J. Boksem, *Op den grondslag der tenlastelegging. Beschouwingen naar aanleiding van het Nederlandse grondslagstelsel* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

¹⁷⁴ Art. 179 CIC.

¹⁷⁵ Art. 180, 252 en 253 CIC.

de *simple police*. Dezelfde bewijsregels waren van toepassing en als het feit geen strafbare gedraging opleverde deden de rechters de vervolging en de dagvaarding 'te niet'.¹⁷⁶ Leverde de strafbare gedraging geen *délit* of *contravention* op maar een *crime*, dan werd de zaak naar de *juge d'instruction* gestuurd.¹⁷⁷ Was de bewezen gedraging strafbaar als een *délit* (of *contravention*) dan legde de rechter een straf op.¹⁷⁸

Een *crime* werd berecht door het *cour d'assises*. Bij de bespreking van het vooronderzoek bleek al dat een zaak voordat deze bij het *cour d'assises* terecht kwam (letterlijk) een lange weg had afgelegd: na het vooronderzoek was het dossier doorgestuurd door de *chambre du conseil* van het *tribunal correctionnel* naar de *chambre des mises en accusation* van het *cour impériale*.¹⁷⁹ Deze kamer beoordeelde nogmaals of er voldoende aanwijzingen waren voor een vervolging ter zake van een *crime*. De *chambre des mises en accusation* fungeerde dus als een soort poortwachter die de toegang tot het *cour d'assises* bewaakte. Als de rechters van de *chambre des mises en accusation* van oordeel waren dat er voldoende aanwijzingen waren om een vervolging als *crime* te rechtvaardigen, stelden ze een *acte d'accusation* (akte van beschuldiging) op.¹⁸⁰ Deze *acte d'accusation* vermeldde de aard van het feit,

¹⁷⁶ De bewijsregels die golden voor het *tribunal de simple police* (de artt. 154-156 CIC) waren in art. 189 CIC van overeenkomstige toepassing verklaard op de *tribunaux correctionnels*. Bovendien golden de artt. 157-161 CIC voor beide. Art. 191 CIC 'Si le fait n'est réputé ni délit ni contravention de police, le tribunal annulera l'instruction, la citation et tout ce qui aura suivi, renverra le prévenu, et statuera sur les demandes en dommages et intérêts.'

¹⁷⁷ Art. 193 CIC: 'Si le fait est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante, le tribunal pourra décerner de suite le mandat de dépôt ou le mandat d'arrêt ; et il renverra le prévenu devant le juge d'instruction compétent.'

¹⁷⁸ Als het feitencomplex alleen een *contravention* opleverde, kon het *tribunal correctionnel* alleen een straf opleggen als de partijen daar geen bezwaar tegen hadden, zie art. 192 CIC. Tegen de einduitspraak van het *tribunal correctionnel* stond voor alle partijen hoger beroep open bij het *tribunal correctionnel* in de hoofdstad van het departement of bij het *cour impériale*, zie artt. 200 en 201 CIC. Na het hoger beroep konden het openbaar ministerie en de (andere) partij(en) in cassatie, zie art. 216 CIC.

¹⁷⁹ Ter illustratie: een moord gepleegd in Groningen wordt in Groningen onderzocht, waarna de *chambre du conseil* van het *tribunal correctionnel* (*tribunal de premier instance* te Groningen) de zaak doorstuurt naar de *chambre des mises en accusation* in Den Haag (waar het *cour impériale* gevestigd was). De *chambre des mises en accusation* stuurt de zaak bij voldoende bewijzen door naar het *cour d'assises*, het Hof van Assisen van het departement Groningen en Drenthe/Westerreems (1811-1838) zitting houdende te Groningen. Zie ook de Groninger Archieven, onder justitie en rechtspraak: http://www.archieven.nl/pls/m/zkstart.ahd?p1=5&p_adt=5&p_code=141

¹⁸⁰ Art. 231 CIC. Als de rechters van de *chambre des mises en accusation* van mening waren dat het feit geen *crime* opleverde, verwezen zij de zaak, afhankelijk van het soort feit, door naar een *tribunal de police* of *tribunal correctionnel*, art. 230 CIC. De *chambre des mises en accusation* beoordeelde niet alleen of er überhaupt sprake was van een strafbaar feit, maar ook of er

de strafverzwarende of strafverminderende omstandigheden en de naam van de verdachte.¹⁸¹ De verdachte (*le prévenu*) was daarmee in staat van beschuldiging gesteld en werd vanaf dat moment aangeduid als *l'accusé* (de beschuldigde).¹⁸² Met het opstellen van de *acte d'accusation* was de voorbereiding van de procedure voor het *cour d'assises* afgerond.¹⁸³

Het *cour d'assises* was een rechtscollege dat elk kwartaal bijeen kwam om de beschuldigten te berechten in de zaken die door de *chambre des mises en accusation* waren doorgestuurd.¹⁸⁴ Behalve vijf rechters maakte ook een twaalfkoppige jury deel uit van het *cour d'assises*. Daarnaast waren een *procureur général* en een griffier bij de zittingen aanwezig.¹⁸⁵ De gang van zaken ter zitting werd door de Code d'instruction criminelle tot in detail voorgeschreven. Op grond van het uitdrukkelijke voorschrift in art. 310 CIC moest de beschuldigde bijvoorbeeld bij de aanvang van de terechtzitting vrij en ongeboeid worden binnengeleid.¹⁸⁶ Anders dan bij de terechtzitting van het

voldoende indicaties waren voor het vaststellen van de *culpabilité* (schuld) van de verdachte, art. 229 CIC (*Si la cour n'aperçoit aucune trace d'un délit prévu par la loi, ou si elle ne trouve pas des indices suffisants de culpabilité, elle ordonnera la mise en liberté du prévenu*). In deze afweging werd, volgens Carnot, ook de eventueel aanwezige *démence* of *force majeure* betrokken, Carnot & Drault 1825, p. 1-311. Zie ook Postma 1999, p. 9-10.

¹⁸¹ Art. 241 CIC bepaalde '(...) L'acte d'accusation exposera : 1° la nature du délit qui forme la base de l'accusation; 2° le fait et toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou diminuer la peine; le prévenu y sera dénommé et clairement désigné. (...)'

¹⁸² Vergelijk art. 241 CIC (de zaak van de *prévenu* werd verwezen naar de *chambre des mises en accusation*) en art. 242 e.v. CIC (*l'accusé* werd geïnformeerd over de inhoud van het verwijzingsarrest en de tenlastelegging).

¹⁸³ Voor aanvang van de zitting werd de beschuldigde geïnformeerd over de inhoud van de *acte d'accusation* (tenlastelegging) en van het *arrêt de renvoi* (verwijzingsarrest) van de *chambre des mises en accusation*. (Art. 242 CIC '*L'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation seront signifiés à l'accusé, et il lui sera laissé copie du tout.*') Ook moest de beschuldigde een raadsman aanwijzen ten behoeve van zijn verdediging. Zie art. 294 CIC '*L'accusé sera interpellé de déclarer le choix qu'il aura fait d'un conseil pour l'aider dans sa défense; sinon le juge lui en désignera un sur-le-champ, à peine de nullité de tout ce qui suivra. Cette désignation sera comme non avenue, et la nullité ne sera pas prononcée si l'accusé choisit un conseil.*' Anders dan bij het *tribunal de simple police* en het *tribunal correctionnel*, is bij het *cour d'assises* procesvertegenwoordiging verplicht. Als de verdachte niet zelf een raadsman meebrengt, wordt hem één toegewezen door de rechter (art. 295 CIC). Deze raadsman moet zich echter wel gedragen, art. 311 bepaalt hieromtrent dat de voorzitter de raadsman moet waarschuwen 'dat hij niets tegen zijn geweten, noch tegen het ontzag dat men aan de wetten verschuldigd is, zeggen mag en dat hij zich met betaamelijkheid en gematigdheid uitdrukken moet', Bilderdijk 1811b, p. 185.

¹⁸⁴ Art. 251 CIC.

¹⁸⁵ Zie art. 252 CIC en 253 CIC.

¹⁸⁶ Art. 310 CIC: '*L'accusé comparaitra libre, et seulement accompagné de gardes, pour l'empêcher de s'évader.*' Vervolgens las de griffier het *arrêt de renvoi* en de *acte d'accusation* voor (art. 313 CIC) en werden getuigen gehoord (315 CIC). De beschuldigde en zijn raadsman kregen de

tribunal de simple police of het *tribunal correctionnel* was het onderzoek van het *cour d'assises* ter zitting toegespitst op de beschuldiging in de *acte d'accusation*.¹⁸⁷ De uiteindelijke beslissing over de schuld van de beschuldigde was opgedragen aan de jury.¹⁸⁸ De jury besloot vóór of tegen bij meerderheid van stemmen.¹⁸⁹

Als naar het oordeel van de jury de gedraging niet bewezen was of niet vaststond dat de beschuldigde de dader was, verklaarde de voorzitter van de jury: '*Non, il n'est pas coupable*'. Meende de jury daarentegen dat de gestelde feiten en het daderschap van de beschuldigde bewezen waren, dan was hij *coupable* (schuldig). De term '*coupable*' betekende in deze context dus niet meer dan dat de jury een bevestigend antwoord gaf op de vraag die was gesteld.¹⁹⁰ Als de beschuldigde *coupable* was, moest de jury ook een uitspraak doen over de aanwezigheid van eventuele strafverminderende of strafuitsluitende omstandigheden (*faits d'excuse*) die de beschuldigde had aangevoerd.

Nadat het oordeel van de jury bekend was geworden, was het aan de rechters van het *cour d'assises* om daar een einduitspraak aan te verbinden. Een *non coupable*-verklaring van de jury leidde ertoe dat de beschuldigde werd vrijgesproken (*est acquitté de l'accusation*).¹⁹¹ Eenmaal vrijgesproken (*acquitté*) kon een vervolging niet heropend worden en kon geen nieuwe vervolging van dezelfde persoon voor hetzelfde feit plaatsvinden:

gelegenheid de stukken in te zien (art. 329 CIC) en ook de *procureur général*, de civiele partij en de beschuldigde werden gehoord. Voordat het onderzoek ter zitting gesloten werd, kreeg de beschuldigde nog het laatste woord (art. 335 CIC).

¹⁸⁷ Zie ondermeer art. 314, 317, 321 en 337 CIC. In procedures voor het *tribunal de simple police* en het *tribunal correctionnel* werd zonder een *acte d'accusation* geprocedeerd. De verdachte werd alleen in de vorm van een kennisgeving (*citation*) geïnformeerd over de dag, tijd en beschuldiging (zie o.a. art. 146, 159 en 182 CIC).

¹⁸⁸ Ook de wijze en de woorden waarmee de jury geïnstrueerd moest worden, schreef de CIC letterlijk voor (zie onder meer art. 342 CIC), net als de formulering van de vragen die de jury uiteindelijk moest beantwoorden (art. 337, 338, 339 en 340 CIC, voorzover van toepassing).

¹⁸⁹ Art. 347 CIC. Als er evenveel stemmen voor als tegen schuldverklaring waren, moest in het voordeel van de verdachte worden beslist. Bovendien moesten ook de rechters beraadslagen over de schuldvraag als de jury daarover met zeven tegen vijf stemmen had beslist (dus met een krappe meerderheid), art. 251 CIC. Dit bood de rechters de mogelijkheid om de beslissing van de meerderheid van de jury (7 stemmen) opzij te zetten door hetzelfde standpunt in te nemen als een minderheid van de juryleden (de andere vijf stemmen).

¹⁹⁰ Met de vaststelling van de jury dat de beschuldigde *coupable* was, stond zijn *culpabilité* (schuld) in beginsel vast. '*Culpabilité: état de celui qui est coupable, ou de ce qui est coupable.*' Littré & L.M. Devic 1883, p. 845.

¹⁹¹ Art. 358 CIC '*Lorsque l'accusé aura été déclaré non coupable, le président prononcera qu'il est acquitté de l'accusation (...)*'.

‘Tout personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait.’¹⁹²

Als de jury de beschuldigde *coupable* had verklaard, volgde een nieuwe spreekronde waarbij de *procureur général* een requisitoir hield en ook de civiele partij en de beschuldigde het woord kregen.¹⁹³ In dit stadium mocht de beschuldigde echter niet meer betogen dat de beschuldiging ongegrond was; dat was een gepasseerd station na de beslissing van de jury.¹⁹⁴ De Code d’instruction criminelle beperkte de onderwerpen waarover de beschuldigde nog het woord mocht voeren tot de kwalificatie van de als bewezen vaststaande feiten, de gevorderde straf, de schade en de schadevergoeding.¹⁹⁵ Hierna deed de *président* van het *cour d’assises* uitspraak.

De beschuldigde werd ontslagen van alle rechtsvervolging (*l’absolution de l’accusé*) als de jury hem wel schuldig (*coupable*) achtte aan de gedragingen beschreven in de *acte d’accusation*, maar de bewezen gedragingen niet verboden werden door een strafwet.

‘La cour prononcera l’absolution de l’accusé, si le fait dont il est déclaré coupable n’est pas défendu par une loi pénale.’¹⁹⁶

Was de beschuldigde schuldig (*coupable*) bevonden aan een *crime*, dan legden de rechters een straf op. Ook als het bewezen verklaarde strafbare feit geen *crime* was, maar een *délit*, werd door de rechters van het *cour d’assises* een straf opgelegd.¹⁹⁷ Ook werd in dit stadium een beslissing genomen over de vordering(en)

¹⁹² Art. 360 CIC. Tenzij art. 361 CIC van toepassing was, want dat bepaalde dat als het onderzoek ter zitting uitwees dat de beschuldigde een ander feit had begaan dan waarvoor de vervolging was ingesteld, hij moest worden vrijgesproken en een nieuwe vervolging (ter zake van het nieuwe feit) moest worden aangevangen. Zie uitgebreid hierover Van Hattum 2012, p. 245-246, 248.

¹⁹³ Art. 362 CIC ‘Lorsque l’accusé aura été déclaré coupable, le procureur général fera sa réquisition à la cour pour l’application de la loi. La partie civile fera la sienne pour restitution et dommages-intérêts.’

¹⁹⁴ Art. 363 CIC : ‘Le président demandera à l’accusé s’il n’a rien à dire pour sa défense. L’accusé ni son conseil ne pourront plus plaider que le fait est faux (...)’.

¹⁹⁵ Art. 363 CIC (vervolg) : ‘(...) mais seulement qu’il n’est pas défendu, ou qualifié délit par la loi, ou qu’il ne mérite pas la peine dont le procureur général a requis l’application, ou qu’il n’emporte pas de dommages-intérêts au profit de la partie civile, ou enfin que celle-ci élève trop haut les dommages-intérêts qui lui sont dus.’

¹⁹⁶ Art. 364 CIC.

¹⁹⁷ Art. 365 CIC ‘Si ce fait est défendu, la cour prononcera la peine établie par la loi, même dans le cas où, d’après les débats, il se trouverait n’être plus de la compétence de la cour d’assises (...)’ Dat een feit waaraan de beschuldigde schuldig werd bevonden eigenlijk buiten de competentie van het *cour d’assises* kon vallen, kon twee redenen hebben: 1) de rechters kwalificeerden de bewezen

tot schadevergoeding (*dommages-intérêts*).¹⁹⁸ Overigens kon een vordering tot schadevergoeding ook na een vrijspraak aan de orde zijn, omdat de vrijgesproken beschuldigde schadevergoeding kon eisen van zijn aanklagers, wegens laster.¹⁹⁹ Er bestond geen mogelijkheid van hoger beroep tegen een uitspraak van het *cour d'assises*, alleen cassatie.²⁰⁰

Er waren drie gronden voor cassatie (*ouvertures de cassation*). De eerste grond voor cassatie was het schenden of niet naleven van voorschriften ten aanzien van het vooronderzoek, de terechtzitting en het vonnis, waarvan de Code d'instruction criminelle de schending of niet-naleving bestraftte met nietigheid. Het gevolg van de vaststelling van een dergelijke schending of niet-naleving was dat het vonnis en alle handelingen die daaraan vooraf gingen, nietig waren.²⁰¹ De onbevoegdheid van de rechter(s) leidde eveneens tot nietigheid (*annulation*) van het veroordelende arrest. Een vonnis of arrest was ten slotte ook nietig wanneer de rechters hadden nagelaten te reageren op een vordering of verzoek van de beschuldigde of het openbaar ministerie gericht op het gebruik van een door de wet toegekend recht, zoals het inzien van de processtukken.²⁰² Deze gronden waren in beginsel van toepassing op alle uitspraken in laatste instantie gegeven (*dernier ressort*), zowel bij de procedures inzake *crimes* en *délits* als bij *contraventions*.²⁰³ De civiele partij kon bij *crimes*, anders dan in *matières*

feiten anders dan de *chambre d'accusation* of 2) ten gevolge van het aannemen van een *fait d'excuse* moet een straf van een mindere zware categorie worden opgelegd.

¹⁹⁸ Art. 336 CIC.

¹⁹⁹ Ambtenaren waren gevrijwaard van deze vorderingen, mits zij in de uitoefening van hun functie kennis hadden gekregen van de aanklacht, zo bepaald art. 358 CIC. Carnot voegde daaraan toe dat art. 358 CIC ambtenaren niet straffeloos maakte: art. 358 CIC bood geen bescherming als een ambtenaar een vervolging instelde uit wraak of met de bedoeling de beschuldigde te schaden. Carnot 1812, p. 242.

²⁰⁰ Art. 350 CIC: '*La déclaration du jury ne pourra jamais être soumise à aucun recours.*' Het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep hing onder meer samen met de ratio achter de jury als uitvloeisel van de volkssoevereiniteit, zie Van Boven 1990, p. 245.

²⁰¹ Te rekenen vanaf de eerste nietige akte. Art. 408 CIC stelde '*Lorsque l'accusé aura subi une condamnation, et que (...) il aura eu violation ou omission de quelques-unes des formalités que le présent Code prescrit sous peine de nullité, cette omission ou violation donnera lieu, sur la poursuite de la partie condamnée ou du ministère public, à l'annulation de l'arrêt de condamnation et de ce qui l'a précédé, à partir du plus ancien acte nul. (...)*'.

²⁰² Art. 408 CIC formuleerde dat zo: '*(...) Il en sera de même (...) que lorsqu'il aura été omis ou refusé de prononcer, soit sur une ou plusieurs demandes de l'accusé, soit sur une ou plusieurs réquisitions du ministère public, tendant à user d'une faculté ou d'un droit accordé par la loi, bien que la peine de nullité ne fût pas textuellement attachée à l'absence de la formalité dont l'exécution aura été demandée ou requise.*'

²⁰³ Art. 413 CIC: '*Les voies d'annulation exprimées en l'article 408, sont, en matière correctionnelle et de police, respectivement ouvertes à la partie poursuivie pour un délit ou une contravention (...)*'.

correctionnelles en de *police*, geen cassatie instellen tegen een *arrêt d'absolution* of een *acquittement*.²⁰⁴ Terwijl de vervolging voor een *crime* kon eindigen in een vrijspraak (*acquittement*) op basis van een *non coupable* verklaring door de jury, werden de vervolgingen voor *délits* en *contraventions* teniet gedaan ('*annulera*') bij gebrek aan bewijs voor een strafbaar feit. Dit betekende dat deze uitspraken wel vatbaar waren voor beroep in cassatie. De verklaringen van de jury waren echter onaantastbaar in cassatie, doordat er geen rechtsmiddel tegen open stond.²⁰⁵ Ten aanzien van een *acquittement* was daarom alleen cassatie in het belang der wet toegestaan.²⁰⁶

4. Afronding

In de voorgaande paragrafen is een globaal beeld geschetst van het Franse strafrecht en strafprocesrecht zoals dat aan het begin van de negentiende eeuw door Napoleon in zijn keizerrijk is ingevoerd. Elk delict in de Code pénal kende een minimum- en een maximumstraf en de gronden voor strafvermindering waren beperkt tot de specifiek in de wet genoemde gronden. Beide karakteristieken beperkten de ruimte voor de rechter om de straf af te stemmen op de omstandigheden van het geval en de schuld van de verdachte. In de Code d'instruction criminelle was aandacht besteed aan het scheiden van functies zoals blijkt uit de bevoegdheidsverdeling tussen de *procureur impérial* en de *judge d'instruction*, maar ook uit de keuze voor juryrechtspraak wat betreft de *crimes*, de meest ernstige categorie strafbare feiten.

In het volgende hoofdstuk wordt nader ingegaan op schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het Franse strafrecht van de negentiende eeuw. Daarbij wordt aandacht besteed aan de wijze waarop de beslissing dat de verdachte *coupable* (schuldig) is aan een bepaald feitelijk gebeuren tot stand komt en welke betekenis in dat verband aan het begrip '*coupable*' toekomt. Ook worden de in dit hoofdstuk al kort genoemde gronden voor het opheffen van strafrechtelijke aansprakelijkheid en voor strafvermindering besproken.

²⁰⁴ Vgl. tekst art. 413 CIC (zie ook de voorgaande noot) met art. 412 CIC: '*Dans aucun cas, la partie civile ne pourra poursuivre l'annulation d'une ordonnance d'acquittement ou d'un arrêt d'absolution; mais si l'arrêt a prononcé contre elle des condamnations civiles, supérieures aux demandes de la partie acquittée ou absoute, cette disposition de l'arrêt pourra être annulée sur la demande de la partie civile.*'

²⁰⁵ Art. 350 CIC: '*La déclaration du jury ne pourra jamais être soumise à aucun recours*'. Zie over de relatie tussen juryrechtspraak en de bescherming van de vrijspraak in cassatie in rechtsvergelijkend en historisch perspectief. De Jong & Van der Neut 1982, p. 228-260.

²⁰⁶ Art. 409 CIC: '*Dans le cas d'acquittement de l'accusé, l'annulation de l'ordonnance qui l'aura prononcé, et de ce qui l'aura précédé, ne pourra être poursuivie par le ministère public, que dans l'intérêt de la loi et sans préjudicier à la partie acquittée.*'

HOOFDSTUK 3

De ontwikkeling van schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het Franse strafrecht in de negentiende eeuw

1. Inleiding

Net als bij de straffen, de onderzoeksbevoegdheden tijdens het vooronderzoek en de competenties van de rechters, speelde ook bij de vaststelling van aansprakelijkheid de driedeling van de strafbare feiten een rol. Naar gelang het soort feit kwam de conclusie dat de verdachte strafrechtelijk verantwoordelijk was op een andere wijze tot stand en had die conclusie een andere vorm. Zoals hiervoor bij de bespreking van de procedures al bleek, waren de verschillen tussen de procesgang ter zake van *delits* en *contraventions* relatief klein, maar week de procedure voor het *cour d'assises* (*crimes*) daar substantieel van af. De meest opvallende verschillen waren de betrokkenheid van een jury en de einduitspraken.

Het *cour d'assises* kon een beschuldigde veroordelen, vrijspreken (*acquittement*) of van rechtsvervolgung ontslaan (*absolution*). De belangrijkste beslissing was voorbehouden aan de jury. Die besliste of de beschuldigde *coupable* (schuldig) was aan de hem verweten gedragingen. Daarvoor was van belang of de ten laste gelegde omstandigheden bewezen waren en of de door de beschuldigde aangevoerde redenen voor verschoning aanwezig waren. Als de jury een beschuldigde als de dader had aangemerkt, betekende dat niet per definitie dat hij ook gestraft zou worden. Zo kon de gedraging waaraan de beschuldigde *coupable* was, niet strafbaar zijn op grond van de wet, waarna een *absolution* werd uitgesproken. De verklaring dat de beschuldigde *coupable* (schuldig) was, had dus niet per definitie strafbaarheid tot gevolg.

Van nuances zoals het verschil tussen *acquittement* en *absolution* lijkt bij de einduitspraken van de *tribunaux correctionnel* inzake de *delits* of de *tribunaux de*

simple police inzake de *contraventions* geen sprake. De rechter kon een veroordeling uitspreken, verwijzen naar een andere rechter danwel de dagvaarding en vervolging vernietigen. De Code d'instruction criminelle stelde, zoals hiervoor bij de bespreking van de procedure bij de *tribunaux* bleek, weinig eisen aan de einduitspraken die daar werden gedaan. Welke beslissingen (*coupable*, *faits d'excuse*) een rechter voorafgaand aan zijn eindoordeel nam, bleef onzichtbaar. Bij gebrek aan meer houvast in de CIC (en diensengevolge een gebrek aan aandacht voor dit onderwerp in commentaren) inzake de totstandkoming van de einduitspraken van de *tribunaux correctionnel* en de *tribunaux de simple police*, vormen de *crimes* het uitgangspunt bij het navolgende onderzoek naar de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid.

In dit hoofdstuk worden de *coupable*-verklaring en de *faits d'excuse* besproken. Aan hun aan- of afwezigheid werden door de CIC en de CP consequenties verbonden ten aanzien van de vaststelling van aansprakelijkheid (paragraaf 2 en 3). In paragraaf 4 staan vervolgens de voorwaarden voor aansprakelijkheid centraal zoals die geformuleerd werden in de doctrine. Naast de artikelsgewijze bespreking van de strafwetboeken, kwam in de loop van de negentiende eeuw een meer dogmatische benadering van het strafrecht op. Deze benadering bood een andere kijk op de voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid binnen het wettelijke kader. Eerst waren die meer dogmatische opmerkingen vaak onderdeel van een inleiding op een artikelsgewijs commentaar bij de Code d'instruction criminelle of de Code pénal, maar in 1829 verscheen een belangrijke zelfstandige dogmatische studie van het strafrecht. Dit werk, *Traité de droit pénal* (Verhandeling over het strafrecht) van Rossi, wordt besproken in paragraaf 4.

Een conclusie over de voorwaarden voor aansprakelijkheid in het vroegere Franse strafrecht volgt tot slot in paragraaf 5. In hoeverre die conclusie ook geldt voor de vervolging van *delits* en *contraventions* voor het *tribunal correctionnel* respectievelijk het *tribunal de simple police*, is door de beperkte informatie hierover moeilijk te beoordelen. Ook in de literatuur lijkt het accent op de *crimes* te liggen bij de bespreking van de voorwaarden voor strafbaarheid.

2. De jury en de *culpabilité*

2.1. Wettelijk kader

Zowel de jury als de gedetailleerde voorschriften in de Code d'instruction criminelle wat betreft de juryrechtspraak vonden vermoedelijk hun oorsprong in de wens van de Franse wetgever om rechterlijke willekeur bij de berechting en bestraffing

te beperken.²⁰⁷ De Franse wetgever streefde ernaar om de rechter zoveel mogelijk aan banden te leggen. Enige beoordelingsruimte moest hem echter worden gegund, bij de beslissingen die de rechter op grond van de verklaringen van de jury moest nemen. Hoe de beslissingen van jury en rechters tot stand kwamen, bespreek ik aan de hand van de uitgebreide regeling in de Code d'instruction criminelle.

De bepalingen in de Code d'instruction criminelle schreven elke stap in het proces voor, vanaf de opsporing. De eerste fase in de procesgang brak aan op het moment dat de *chambre des mises en accusation* (kamer van inbeschuldigingstelling) had vastgesteld dat er voldoende grond was voor de beschuldiging van een *crime* en er een *acte d'accusation* werd opgesteld. Door de *acte d'accusation* werd de verdachte in staat van beschuldiging gesteld. Daarna werd hij aangeduid als '*l'accusé*', de beschuldigde. Om hem in staat te stellen zijn verdediging voor te bereiden, werd de beschuldigde de inhoud medegedeeld van de *acte d'accusation* en van het *arrêt de renvoi* (arrest van verwijzing) en kreeg hij kopieën van deze akten overhandigd.²⁰⁸ Verder was de beschuldigde verplicht zich te laten bijstaan door een raadsman.²⁰⁹

Voor de zitting kwamen eerst de rechters en daarna de juryleden, in de volgorde door het lot bepaald, de rechtszaal binnen.²¹⁰ Pas daarna kwam de beschuldigde binnen. Voor aanvang van de zitting handelde de voorzitter (*président*) van het *cour d'assises* een aantal formaliteiten af. Zo informeerde hij de raadsman en de juryleden over hun plichten en beëdigde hij de juryleden.²¹¹ Daarmee waren de voorbereidingen voor het onderzoek ter zitting afgerond en kon het onderzoek ter terechtzitting beginnen.

Nadat het onderzoek was geopend las de griffier het verwijzingsarrest en de akte van beschuldiging hardop voor.²¹² Met het voorlezen van deze stukken werden zowel de beschuldigde als de jury geïnformeerd over de beschuldiging en kon met het onderzoek van het bewijs tegen de beschuldigde worden begonnen. Hiertoe werden van verschillende kanten voorgedragen getuigen gehoord: eerst de getuigen die waren opgeroepen door de *procureur général* (officier van justitie), vervolgens de

²⁰⁷ Melai & Duisterwinkel 1969, aantk. 2, p. 2 en Bosch 2011, p. 33-34. Hiervoor paragraaf 1, 2.1 en 3.1 van Deel I.

²⁰⁸ Art. 242 CIC.

²⁰⁹ Art. 294 CIC. Die procesvertegenwoordiging was bij het *tribunal de simple police* en het *tribunal de police correctionnel* niet verplicht. Voor de raadsman bij het *cour d'assises* bepaalde art. 311 CIC dat de voorzitter hem moest wijzen op zijn taak 'dat hij niets tegen zijn geweten, noch tegen het ontzag dat men aan de wetten verschuldigd is, zeggen mag en dat hij zich met betaamelijkheid en gematigdheid uitdrukken moet', *Bilderdijk* 1811b, p. 185.

²¹⁰ Art. 309 CIC.

²¹¹ Zie artt. 311 en 312 CIC.

²¹² Art. 313 CIC.

getuigen die door de civiele partij waren voorgedragen, als er een civiele partij was, en daarna de getuigen die de beschuldigde had meegebracht of laten oproepen.²¹³ Na het verhoren van de getuigen werden de *procureur général*, indien aanwezig de civiele partij en als laatste de beschuldigde gehoord. Voordat het onderzoek ter zitting gesloten werd, kreeg de beschuldigde (of zijn raadsman) de mogelijkheid het laatste woord te spreken.

‘[L]’*accusé ou son conseil auront toujours la parole derniers (...)*.²¹⁴

Met het sluiten van het onderzoek ter zitting was de eerste fase van de behandeling ter terechtzitting afgerond. De aandacht verschoof daarna van het onderzoek ter zitting naar de voorbereiding van het juryberaad, het juryberaad zelf en de verklaringen van de jury. Ter voorbereiding op het juryberaad en de beslissingen die de jury moest gaan nemen, vatte de voorzitter van het *cour d’assises* de zaak voor de jury samen, wees hij de juryleden op de belangrijkste bewijzen voor en tegen de beschuldigde en herinnerde hij hen aan hun plicht als jurylid. Vervolgens werden de vragen geformuleerd die de rechters aan de jury wilden voorleggen.

De formulering van de vragen werd beschouwd als een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de rechters van het *cour d’assises*, terwijl het stellen van de (definitieve) vragen werd gezien als een speciale bevoegdheid van de voorzitter.²¹⁵ Hoewel de Code d’instruction criminelle dat niet met zoveel woorden bepaalde, bevestigden Bourguignon en Carnot dat de beschuldigde en de vertegenwoordiger van het *ministère public* zelf ook vragen konden voorstellen en bezwaar konden maken tegen een (voorgestelde) vraag.²¹⁶

De jury was, zo bleek, ingesteld als waarborg tegen rechterlijke willekeur.²¹⁷ Dit was ook de reden dat alle belangrijke feitelijke beslissingen aan de jury waren opgedragen. Art. 337 CIC bepaalde bijvoorbeeld dat de jury besliste of de beschuldiging bewezen was aan de hand van de vraag of de beschuldigde *coupable* (schuldig)

²¹³ Art. 315 jo. 321CIC.

²¹⁴ Art. 335 CIC ‘A la suite des dépositions des témoins, et des dires respectifs auxquels elles auront donné lieu, la partie civile ou son conseil et le procureur général, seront entendus, et développeront les moyens qui appuient l’accusation. L’accusé et son conseil pourront leur répondre. La réplique sera permise à la partie civile et au procureur général ; mais l’accusé ou son conseil auront toujours la parole les derniers. Le président déclarera ensuite que les débats sont terminés.’

²¹⁵ Art. 336 CIC en Carnot 1812, p. 178, zie ook Bourguignon 1825, p. 74.

²¹⁶ Carnot 1812, p. 178.; Bourguignon 1825, p. 74-75. Het niet honoreren van een verzoek van de verdediging of het *ministère public* was soms grond voor een cassatiemiddel ex art. art. 408, 2^e alinea CIC. Ook in de jurisprudentie zijn hier voorbeelden van te vinden, zoals het arrest van het *Cour de cassation* van 16 juni 1815 dat hierna wordt besproken.

²¹⁷ Melai & Duisterwinkel 1969, p. aantek. 2, p. 2.

was ten aanzien van het feit waarvan hij beschuldigd werd. Vervolgens, dus na een *coupable*-verklaring, moest zij beslissen over de aanwezigheid van strafverzwarende en/of strafverminderende omstandigheden (*faits d'excuse*).²¹⁸ Als een beschuldigde jonger dan 16 jaar was, moest de jury ook beslissen of hij met *discernement* (het vermogen om goed en kwaad van elkaar te onderscheiden) had gehandeld of niet.²¹⁹ Doordat de jury alle feitelijke beslissingen nam, werd het opstellen van de vragen aan de jury gezien als een belangrijk onderdeel van de procedure.

De vraag waaraan het meeste gewicht werd toegekend, was of de beschuldigde *coupable* was. De beslissing (*non*) *coupable* - het resultaat van de beslissing van de jury - kon verschillende betekenissen hebben. Een korte blik op de 'voorganger' van de Code d'Instruction criminelle, de Code du Brumaire an IV, kan bijdragen aan een beter begrip van de betekenis van '*coupable*'. De wijze waarop art. 337 CIC voorschrijft dat de jury moet beslissen over de *coupable*-vraag lijkt een reactie op de juryvragen die de Code du Brumaire an IV had gekend.

Onder het regime van de Code du Brumaire an IV moest de jury afzonderlijk worden gevraagd naar de *intention* en de *volonté* van de beschuldigde.²²⁰ Doordat de schuld gesplitst was in opzettelijk (met *intention*) en vrijwillig (op basis van *volonté*) handelen, was de jury geneigd beide onderwerpen afzonderlijk te behandelen. Rechtsgeleerden zoals Carnot meenden echter dat zonder vrije wil (*volonté*) een strafbare *intention* onmogelijk was. De verklaring dat een beschuldigde wel met *intention* had gehandeld, maar geen *volonté* had gehad, was volgens hem innerlijk tegenstrijdig.²²¹ Door apart te vragen naar het bewustzijn van de dader en de *intention* waarmee de handelingen waren uitgevoerd, werden volgens hem innerlijk tegenstrijdige juryverklaringen in de hand gewerkt. In de Code d'instruction criminelle werd dit 'gebrek' van de Code du Brumaire an IV hersteld doordat art. 337 CIC alleen voorschreef dat de jury moest worden gevraagd of de beschuldigde *coupable* (schuldig) was aan de beschuldiging.²²²

Art. 337 CIC

'La question résultant de l'acte d'accusation sera posée en ces termes:

²¹⁸ Artt. 337, 338 en 339 CIC

²¹⁹ Art. 340 CIC.

²²⁰ Carnot 1812, p. 178-179.

²²¹ '[L]a moralité de l'action se confond avec le fait lui-même: le Président doit se borner à demander au Jury si l'accusé est coupable, ce qui comprend tout; car, l'accusé ne peut être déclaré coupable que lorsqu'il a agi volontairement et dans l'intention du crime.' Carnot 1812, p. 179.

²²² Carnot 1812, p. 179.

«L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation?»²²³

Door de invoering van de *coupable*-vraag werd een aparte vraag naar de *intention* volgens Carnot overbodig, omdat iemand alleen schuldig (*coupable*) kon zijn als hij *volontairement* en met *intention* had gehandeld.²²⁴ Het is echter de vraag of de jury ook bekend was met deze strekking van het begrip '*coupable*'.

Ondanks de strikte en precieze formulering van de vraag in art. 337 CIC en de vragen in de artt. 338, 339 en 340 CIC, beweerde Bourguignon dat de bewoordingen van deze artikelen niet dwingend waren, maar moesten worden beschouwd als voorbeeldvragen.²²⁵ Volgens hem kon de voorzitter van het *cour d'assises* meer vragen stellen dan de wettelijke voorbeeldvragen en was hij bovendien vrij om de vragen over de verplichte onderwerpen (artt. 339-340 CIC) te splitsen en te verduidelijken.²²⁶ Het niet stellen van een vraag over een verplicht onderwerp (dit zijn de vragen betreffende de schuld, de aanwezigheid van strafverzwarende of strafverminderende omstandigheden en de vraag betreffende de mate waarin de jeugdige verdachte in staat is tot het onderscheiden van goed en kwaad) leidde tot nietigheid van het onderzoek ter zitting.²²⁷

De mogelijkheden om de formulering van de juryvragen te beïnvloeden, werden beperkt door de eisen die aan deze vragen werden gesteld. Allereerst bepaalde art. 345 CIC dat de jury de vragen met 'ja' of 'nee' moest beantwoorden. De formulering van de vraag moest daar dus op worden afgestemd.²²⁸ Ook bracht de taak- en bevoegdheidsverdeling tussen rechters en jury met zich mee dat de vragen die aan de jury werden gesteld, alleen betrekking mochten hebben op de vaststelling van de feiten. Terwijl de jury alleen bevoegd was om feitelijke kwesties (*points du fait*) te beoordelen, waren de rechters uitsluitend bevoegd tot de toepassing van het recht

²²³ 'Is de beschuldigde schuldig aan het hebben begaan van die moord, die diefstal of die andere *crime* met alle omstandigheden die in de samenvatting van de *acte d'accusation* zijn opgenomen?' (vert. EHA vL)

²²⁴ Carnot 1812, p. 179.

²²⁵ 'La formule indiquée par cette article [art. 337 CIC] n'est point de rigueur. (...) Les articles relatifs à la position des questions, notamment l'art. 337, sont indicatif, démonstratifs et nullement limitatifs.' Bourguignon 1825, p. 75.

²²⁶ Vgl. Carnot 1812, p. 179.

²²⁷ Met uitzondering van art. 340 dat alleen aan de orde was als de beschuldigde jonger dan 16 jaar was. Zie ook art. 408 CIC (gronden voor nietigheid van het onderzoek) en Bourguignon 1825, p. 75-76.

²²⁸ Dat een vraag alleen met 'ja' of met 'nee' beantwoord mocht worden, betoogde althans Garraud; Garraud 1926, p. 356. In de paragraaf hierna (par. 2.2) zal blijken dat de jury de vragen soms anders of uitgebreider beantwoordde dan met alleen 'ja' of 'nee'.

op de feiten.²²⁹ Een al te krampachtig vasthouden aan het onderscheid tussen feiten en recht kwam de begrijpelijkheid van een vraag evenwel niet altijd ten goede, zoals een arrest van het *Cour de cassation* uit 1812 laat zien.²³⁰ De beschuldigde in dit arrest werd ervan verdacht 's nachts iets uit een bewoond huis te hebben gestolen, waarbij de dief zich door middel van inklimming (*escalade*) toegang tot het huis zou hebben verschaft.²³¹ De *procureur générale* had bezwaren tegen de rechtstreekse vraag of de beschuldigde door middel van inklimming was binnengekomen, omdat hij meende dat het kwalificeren van een bepaalde serie gedragingen als 'inklimming' een juridische beslissing was.²³² Niet alleen was 'inklimming' onderdeel van de delictsomschrijving, in art. 397 CP had de Franse wetgever ook gedefinieerd wat 'inklimming' was.²³³ In plaats van de vraag of de beschuldigde zich schuldig had gemaakt aan het stelen van iets uit een huis waar hij naar binnen was geklommen, stelde de *procureur générale* voor om de jury met betrekking tot de inklimming te vragen:

²²⁹ Carnot 1812, p. 179, Bourguignon 1825, p. 82. De jury oordeelde alleen over de feiten die behoorden tot de beschrijving van de beschuldiging in de *acte d'accusation*, het was dus geen algemene beoordeling van alle feiten. Zie ook een uitspraak van het *Cour de cassation* van 29 oktober 1812, (*Journal des audiences de la Cour de Cassation*, 1813, p. 80). In dit arrest stond de vraag centraal of iemand die was vrijgesproken van doodslag (*meurtre*), opnieuw voor dezelfde feiten kon worden vervolgd als die nu werden gekwalificeerd als doodslag door onvoorzichtigheid (*homicide par imprudence*). Het *Cour de cassation* overwoog dat dit kon, omdat de voorzitter de jury moest vragen of de beschuldiging zoals die bleek uit de *acte d'accusation* bewezen was. En aangezien de beschuldiging was veranderd, was de zaak veranderd. Bij de beschuldiging van doodslag waren niet alle aspecten van het materiële feit aan bod gekomen en dus was een nieuwe vervolging mogelijk voor een andere beschuldiging gebaseerd op dezelfde feiten. Zie ook Van Hattum 2007, p. 117-136 en Van Hattum 2012, p. 465 en p. 468 e.v.

²³⁰ *Cour de cassation*, 26 maart 1812, volgens Bourguignon gerapporteerd door Busschop, zie Bourguignon 1825, p. 76-77.

²³¹ Art. 381 jo. 397 CP. Art. 381 CP : 'Seront punis de la peine de mort, les individus coupables de vols commis avec la réunion des cinq circonstances suivantes : (...) 4° S'ils ont commis le crime soit à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade ou de fausses clés, dans une maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation (...)'

²³² De inklimming maakte dat er geen sprake was van een eenvoudige diefstal, maar van een diefstal met strafverzwarende omstandigheden. Inklimming was dus een kwalificerend bestanddeel voor het zwaardere delict.

²³³ Art. 397 CP definieerde vervolgens wat onder 'inklimming' werd verstaan: 'Est qualifié escalade, toute entrée dans les maisons, bâtiments, cours, basses-cours, édifices quelconques, jardins, parcs et enclos, exécutée par-dessus les murs, portes, toitures ou toute autre clôture. L'entrée par une ouverture souterraine, autre que celle qui a été établie pour servir d'entrée, est une circonstance de même gravité que l'escalade.'

“Le vol a-t-il été commis en entrant dans l’intérieur de la maison, en passant par-dessus le mur et en dépassant le seuil de la fenêtre à trois pieds de hauteur?”²³⁴

De voorzitter besloot echter om zich tot de formule van art. 337 te beperken (*‘L’accusé est-il coupable d’avoir commis (...) avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l’acte d’accusation ?’*) in plaats van de door de *procureur générale* voorgestelde, preciezere formulering. De jury verklaarde daarop dat er geen inklimming was geweest.

*‘Le jury déclara qu’il n’y avait pas escalade.’*²³⁵

Naar aanleiding van dit antwoord stelde de *procureur générale* beroep in cassatie in, omdat de jury volgens hem niet bevoegd was om vast te stellen of er sprake was van inklimming (*escalade*) of niet. De jury had, volgens de *procureur générale*, de gedragingen niet mogen kwalificeren als inklimming. Hij meende dat de jury door het gebruik van de term ‘inklimming’, haar bevoegdheden had overschreden. Het *Cour de cassation* overwoog dat de vraag conform de *acte d’accusation* was geweest en verwierp het cassatiemiddel zonder verdere toelichting.²³⁶

In een ander arrest was de formulering van de vraag naar het aanwezig zijn van een *fait d’excuse* onderwerp van discussie. Jean-Pierre Lacoste werd beschuldigd van *meurtre* (doodslag).²³⁷ De beschuldigde had, met succes, aan het *cour d’asises* voorgesteld om de jury te vragen: ‘Is de doodslag verontschuldigbaar?’. *‘Le meurtre est-il excusable?’*²³⁸ Ter vergelijking, de voorbeeldvraag in art. 339 CIC luidde: ‘Is het feit dat wordt aangevoerd als verontschuldiging bewezen?’ (*‘Tel fait est-il constant?’*).

Het *ministère public* had vanwege deze formulering van de vraag een cassatiemiddel voorgesteld, naar aanleiding waarvan het *Cour de cassation* overwoog dat de vraag ‘Is de doodslag verontschuldigbaar?’ de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid van de jury overschreed. Zoals de voorbeeldvraag in art. 339 CIC duidelijk laat zien, was de jury alleen bevoegd om vast te stellen of een bepaalde grond, die was aangevoerd als excuus, aanwezig (bewezen) was.²³⁹ Of die grond vervolgens ook kon worden gekwalificeerd als een *fait d’excuse* in de zin van art. 65 CP, was een juridische kwestie

²³⁴ “Is de diefstal gepleegd na het betreden van het huis door het passeren van de muur en het overschrijden van het raamkozijn op drie voet (= 1 meter) hoogte?” (vertaling EHA vL)

²³⁵ Bourguignon 1825, p. 76-77.

²³⁶ *Cour de cassation*, 26 maart 1812, Bourguignon 1825, p. 76-77.

²³⁷ *Cour de cassation*, 16 juni 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle*, 1815 (T 20, Nr. 6), arrestnr. 39, p. 75-77.

²³⁸ Art. 295 CP: *‘L’homicide commis volontairement est qualifié meurtre.’*

²³⁹ Opvallend was ook dat Lacoste, voorzover ik kon nagaan, geen feiten of omstandigheden had aangevoerd die zijn pleidooi dat de doodslag verontschuldigbaar was, konden ondersteunen.

en als zodanig voorbehouden aan de rechters. De jury mocht alleen over het bewezen zijn van de feiten oordelen en was dus niet bevoegd om te beslissen of een door de beschuldigde aangevoerde omstandigheid een verontschuldigungsgrond in de zin van de Code pénal opleverde.²⁴⁰

Uit deze uitspraak en het hiervoor besproken arrest over diefstal met inklimming blijkt dat de 'vrijheid' van de voorzitter bij het formuleren van de juryvragen in feite was beperkt tot een bepaalde bandbreedte vanwege de eisen die aan de vragen werden gesteld en de belangen die met de antwoorden waren gemoeid.²⁴¹

Nadat de vragen voor de jury waren genoteerd en de stukken aan de voorzitter van de jury waren overhandigd, trok de jury zich terug voor beraad.²⁴² Volgens Carnot verliep ook dit beraad systematisch. Eerst moest worden beraadslaagd over de *coupable*-vraag, en daarna over de bijkomende omstandigheden. De vraag van art. 337 CIC bestond dus uit twee delen: de vraag of het feit was begaan en de vraag of dat was gebeurd in de omstandigheden zoals omschreven in de *acte d'accusation*.²⁴³

'[1] *L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime*
[2] *avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation?*'

De eerste helft van de vraag had betrekking op de schuld van de beschuldigde aan de feiten die de kern van de gedraging vormden. Daarnaast werd de jury gevraagd om zich uit te spreken over de aanwezigheid van de – ook in de *acte d'accusation* opgenomen – strafverzwarende omstandigheden.

Een *coupable*-verklaring werd gezien als een bevestiging van de aanwezigheid van *les circonstances de moralité* (het (keuze)bewustzijn en de wil) bij de dader.²⁴⁴ Zoals eerder al werd opgemerkt, werden de *coupable*-vraag en de vraag of de dader met *intention* had gehandeld niet van elkaar gescheiden, om de jury niet in verwarring

²⁴⁰ Het Cour de cassation overwoog: 'Vu, en second lieu, l'article 339 du Code d'Instruction criminelle; Considérant qu'il résulte évidemment des dispositions de cet article, qu'en matière d'excuse, la compétence des jurés se borne à prononcer sur la seule question de savoir si le fait matériel proposé par l'accusé pour excuse est constant ou non ; que les jurés n'ont donc aucune qualité pour décider d'une manière générale si le crime est excusable, ni même si le fait proposé pour excuse est admis comme tel par la loi, puisque l'une et l'autre de ces questions ne pouvant être résolues que par rapprochement du allégué avec la loi, elles forment de pures questions de droit, dont par conséquent la question appartient exclusivement aux tribunaux ; d'où il suit, dans l'espèce, qu'en déclarant le meurtre excusable sans prononcer sur aucun fait matériel d'excuse, les jurés ont excédé les bornes de leur compétence.'

²⁴¹ Zie ook de arresten in paragraaf 2.2 over het begrip '*coupable*' in de jurisprudentie.

²⁴² Art. 341 CIC, waarna de juryvoorzitter een in art 342 CIC voorgeschreven speech houdt. Zolang de jury in beraad was, mocht niemand de kamer in of uit, art. 343 CIC.

²⁴³ De nummering in het volgende citaat is door mij (EHA vL) toegevoegd.

²⁴⁴ Bourguignon 1825, p. 77.

te brengen.²⁴⁵ Die scheiding was ook niet nodig, aangezien de *intention* bleek uit de feiten en de handeling zelf, aldus Carnot. Een beschuldigde kon niet schuldig (*coupable*) worden verklaard als hij niet vrijwillig (*volontairement*) had gehandeld.²⁴⁶

De juryleden beraadslaagden dus op systematische wijze over de *coupable*-vraag; eerst werd nagegaan of het '*fait principal*' (grondfeit) bewezen was en daarna of de omstandigheden (*circonstances*) bewezen waren. De beslissing van de jury met betrekking tot het *fait principal* vormde het uitgangspunt voor de juryverklaring. Een ontkennend antwoord op die vraag betekende dat de beschuldiging niet bewezen was. In dat geval beëindigde de jury haar beraad, want zonder een bevestigend antwoord op de *coupable*-vraag kon er geen aansprakelijkheid worden aangenomen en was verder beraadslagen zinloos.²⁴⁷

«Non, l'accusé n'est pas coupable.»

En ce cas, le juré n'aura rien de plus à répondre²⁴⁸

Als de jury concludeerde dat de beschuldigde schuldig (*coupable*) was aan de feiten genoemd in de *acte d'accusation*, beraadslaagde zij vervolgens over de aanwezigheid van (verzwarende) omstandigheden (*circonstances*) die in de *acte d'accusation* waren opgenomen.²⁴⁹ De aan- of afwezigheid van strafverzwarende omstandigheden, die ofwel werden genoemd in de *acte d'accusation* ofwel ter zitting waren gebleken, was niet van doorslaggevend belang voor het vervolg.²⁵⁰ Ook als de jury constateerde dat strafverzwarende omstandigheden ontbraken, moest zij beraadslagen over de andere vragen die aan haar waren voorgelegd. De belangrijkste vraag na de *coupable*-vraag was of de jury een of meer door de beschuldigde aangevoerde gronden ter verschoning (*faits d'excuse*) bewezen achtte:

Art. 339 CIC

Lorsque l'accusé aura proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi, la question sera ainsi posée: « Tel fait est-il constant ? »

²⁴⁵ Zie hiervoor p. 6 e.v.

²⁴⁶ '[L]a moralité de l'action se confond avec le fait en lui-même : (...) l'accusé ne peut être déclaré coupable que lorsqu'il a agi volontairement et dans l'intention du crime.', Carnot 1812, p. 179.

²⁴⁷ Carnot 1812, p. 180.

²⁴⁸ Art. 345 sub 1 laatste zin CIC.

²⁴⁹ Art. 344 CIC.

²⁵⁰ Terwijl de vraag in art. 337 CIC al betrekking had op de strafverzwarende omstandigheden genoemd in de *acte d'accusation*, bood art. 338 CIC de mogelijkheid om apart te vragen of de jury ter terechtzitting gebleken strafverzwarende omstandigheden die niet waren opgenomen in de *acte d'accusation* bewezen achtte.

Na het juryberaad moest de voorzitter van de jury namens alle juryleden de vragen waarover de jury had beraadslaagd, beantwoorden. Als de jury had geconcludeerd dat de beschuldiging in de *acte d'accusation* niet bewezen was, verklaarde de juryvoorzitter: 'Nee, hij is niet schuldig' (*Non, il n'est pas coupable*). Als de jury had geconcludeerd dat de beschuldigde wel schuldig was, bracht dat, zoals hiervoor bleek, verschillende daaraan voorafgaande (deel)beslissingen tot uitdrukking. Schuldig (*coupable*) betekende namelijk dat de jury had vastgesteld dat de beschuldigde het grondfeit (*fait principal*) had begaan; dat de beschuldigde als dader kon worden beschouwd (toerekening) en dat de beschuldigde de criminele wil had gehad om het feit te begaan.²⁵¹

Om de betekenis van de (on)schuldigverklaring van de jury op waarde te kunnen schatten, was dus niet alleen de verklaring zelf van belang. De formulering van de vraag zoals die aan de jury was gesteld, bepaalde het antwoord en daarmee de betekenis van de verklaring. De juryverklaringen waren in cassatie inhoudelijk onaantastbaar als gevolg van art. 350 CIC. Daarin was bepaald dat de verklaringen van de jury niet vatbaar waren voor herziening of cassatie.²⁵²

Art. 350 CIC

'La déclaration du jury ne pourra jamais être soumise à aucun recours.'

De enige grond voor nietigheid van de juryverklaringen was de ongeldige totstandkoming van die verklaringen. Daarvan was bijvoorbeeld sprake als juryleden niet waren beëdigd voordat het onderzoek ter zitting begon.²⁵³ Door deze sterke bescherming had de jury een bijna absolute zeggenschap over de feitelijke kant van een zaak.²⁵⁴ Eigenzinnig optreden van de jury kon slechts zelden gecorrigeerd worden door de rechters van het *cour d'assises* of het *Cour de cassation*. Zij waren

²⁵¹ Deze criminele wil werd in de Franse literatuur beschouwd als een *circonstance de moralité*. Bourguignon 1825, p. 77: 'Il [le mot *coupable*] exprime tout à la fois, que le fait matériel de l'accusation est constant, que l'accusé en est l'auteur et que les circonstances de moralité, c'est-à-dire, la volonté et l'intention (...) sont également constantes.'

²⁵² De enige uitzondering op deze regel is de situatie waarin de jury niet unaniem was in haar onschuldigverklaring. In dat geval konden de rechters de beslissing omzetten in een schuldigverklaring als (de meerderheid van) de rechters zich aansloot bij de minderheid in de jury, zie art. 351 CIC.

²⁵³ Art. 408 CIC. Een dergelijke grond voor nietigheid was niet naleving van art. 312 CIC (inzweren van de juryleden).

²⁵⁴ De Jong & Van der Neut 1982, p. 234.

gebonden aan de juryverklaringen, zelfs als de jury in strijd met alle bewijs een beschuldigde vrijsprak.²⁵⁵

Zoals de arresten die in de volgende paragraaf aan de orde komen laten zien, probeerden de rechters in het *cour d'assises* soms door een creatieve interpretatie van een 'onhandige' juryverklaring toch tot aansprakelijkheid te komen. Dit stond echter op gespannen voet met één van de redenen voor de instelling van de jury: het voorkomen van rechterlijke willekeur. Aan interpretatie van de juryverklaring kon niet worden ontkomen en bij het vertalen van een feitelijke verklaring naar een juridische beslissing had de rechter dus een zekere interpretatievrijheid. Zo kwam het 'onaantastbare' karakter van de juryverklaringen wel eens onder druk te staan als gevolg van de wijze waarop rechters juridische consequenties aan een juryverklaring verbonden. Aan die interpretatievrijheid zat wel een grens: een té vrijmoedige interpretatie van een verklaring van de jury kon tot cassatie van de uitspraak leiden.

Al met al kon de rechter dus op twee momenten 'sturen': het moment waarop de formulering van de vragen aan de jury werd vastgesteld en het moment waarop de rechter een juridische beslissing moest koppelen aan de verklaringen van de jury. Deze momenten boden de rechter, ondanks de beperkte ruimte die de rechter daarbij had, tot op zekere hoogte de gelegenheid om de (persoonlijke) omstandigheden van de dader te verdisconteren in de uitkomst van de procedure.

2.2. Betekenis van het begrip '*coupable*' in enkele arresten

2.2.1. Inleiding

Op welke wijze concreet invulling werd gegeven aan het begrip *coupable* wordt in deze paragraaf verduidelijkt aan de hand van een aantal arresten van het *Cour de cassation*. Deze arresten laten zien hoe sterk de invulling van de schuld (*culpabilité*) samenhangt met de vragen die de jury moest beantwoorden en hoe beperkt de interpretatieruimte van de rechters daarbij was. Deze paragraaf bestaat uit twee delen. In de eerste helft van deze paragraaf ligt de nadruk op de formulering van de vragen aan de jury en de conclusie(s) die vervolgens aan het antwoord van de jury mogen worden verbonden. Voor de context volgt hieronder een korte toelichting op de relevante bepalingen uit de Code pénal, waarna de twee arresten zullen worden besproken (subparagraaf 2.2.3 en 2.2.4). In de tweede helft van deze paragraaf, in de subparagrafen 2.2.5 en 2.2.6, worden twee arresten besproken waarin het *Cour de cassation* meer duidelijkheid heeft geschapen omtrent de inhoud en betekenis van de *coupable*-verklaring en de positie van de *volonté* ten opzichte van de *culpabilité*.

²⁵⁵ De Jong en Van der Neut schreven dat jury's uit protest tegen te strenge straffen, in weerwil van al het bewijs beschuldigden vrijspraken ('*des acquittement scandaleux*'), De Jong & Van der Neut 1982, p. 234, zie ook Stafani & Levasseur 1970, p. 276.

2.2.2. Toelichting op de strafbaarstellingen van stelen in de Code pénal

De Code pénal maakte onderscheid tussen stelen (*voler*) en stelen onder bepaalde omstandigheden (*circonstances*),²⁵⁶ zoals 's nachts of met meerdere personen. Het stelen *an sich* was strafbaar als *vol simple* (art. 379 CP). Dit artikel omschreef stelen (diefstal, 'vol') als '*soustraire frauduleusement*' (arglistig of frauduleus wegnemen):

Art. 379

*'Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol.'*²⁵⁷

Het stelen onder bepaalde strafverzwarende omstandigheden was apart strafbaar gesteld. In de twee arresten hieronder gaat het om vormen van stelen die strafbaar waren op grond van art. 388 CP. In het ene arrest (Bailly) ging het om het stelen van een paard uit de weide en in de andere zaak (Cadart) om het stelen van graan. In art. 388 CP waren deze gedragingen als volgt omschreven:

*'Quiconque aura volé, dans les champs, des chevaux, (...) des récoltes ou meules de grains faisant partie de récoltes, sera puni de la réclusion. (...).'*²⁵⁸

Op grond van art. 388 CP was dus het gestolen hebben (*aura volé*) van paarden of een deel van de graanoogst strafbaar. Hoe dit stelen gedefinieerd moest worden, vermeldde art. 388 CP niet met zoveel woorden. Op grond van de wetssystematiek en de onderstaande arresten kan aangenomen worden dat '*volé*' (gestolen) in art. 388 CP moet worden gedefinieerd zoals in art. 379 CP, dus als het arglistig hebben weggenomen (*a soustrait frauduleusement*).

2.2.3. De zaak Bailly²⁵⁹

Claude Bailly werd ervan beschuldigd een paard te hebben gestolen. Na het onderzoek ter zitting werd de jury gevraagd of Bailly schuldig (*coupable*) was aan het stelen van een paard dat graasde in de velden (*L'accusé est-il coupable d'avoir volé un*

²⁵⁶ Deze *circonstances* zijn inderdaad de omstandigheden die uit de *acte d'accusation* (of ter zitting) naar voren zijn gekomen en over het bestaan waarvan de jury een beslissing moest nemen, zoals bleek bij de juryverklaringen (zie art. 345 CIC, hiervoor besproken in hoofdstuk 2, paragraaf 3, met name 3.3.2 en in dit deel § 2.1, op p. 4 e.v.) en de juryvragen (art. 338 CIC).

²⁵⁷ 'Al wie eenig goed dat hem niet toebehoort, arglistig wegneemt, maakt zich schuldig aan dieverij.' Officiële vertaling art. 379 CP door Bilderdijk.

²⁵⁸ 'Al wie paarden (...) oogsten, koren- of graanstacks of hoopjes die een deel van de oogst uitmaken, in de weiden of op de akkers, gestolen zal hebben, zal met het tuchthuis gestraft worden.' Vertaling art. 388 CP door Bilderdijk.

²⁵⁹ *Cour de cassation*, 26 oktober 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1815, p. 125-126 (Bailly).

cheval en pacage dans les champs?)'. De jury antwoordde daarop: 'Ja, de beschuldigde is schuldig aan het weggenomen hebben van een grazend paard.' ('*Oui, l'accusé est coupable d'avoir soustrait un cheval pacageant*').²⁶⁰ De jury verklaarde dus dat Bailly schuldig was aan het wegnemen (*soustraire*) van een paard, maar niet dat hij het paard had gestolen (*volé*), zoals was gevraagd. De jury had de wegneming ook niet als *frauduleuse* aangemerkt. Desondanks veroordeelde het *cour d'assises* Bailly tot vijf jaar opsluiting.

Bailly ging in cassatie en klaagde over de onjuiste toepassing van de artt. 379 en 388 CP. Hij wees in zijn cassatiemiddel op het onderlinge verband tussen beide artikelen en betoogde dat voor aansprakelijkheid ter zake van diefstal de vaststelling dat iemand een object heeft weggenomen (*soustrait*) onvoldoende was. Zoals uit de tekst van art. 379 CP bleek, was iemand pas schuldig aan diefstal wanneer de onttrekking *frauduleusement* (arglistig) was geweest. Daar voegde hij aan toe dat 'wegnemen' (*soustraire*) niet hetzelfde was als 'stelen' (*voler*) en dat de kwalificatie 'arglistig' (*frauduleuse*) een essentiële toevoeging was om het wegnemen als stelen te kunnen beschouwen.²⁶¹ Het *cour d'assises* had hem niet mogen veroordelen tot de straffen die genoemd werden in art. 388 CP, zo stelde hij.

Het *Cour de cassation* overwoog dat de jury had verklaard dat Bailly schuldig was aan het wegnemen van het paard, maar dat die zich in zijn verklaring (duidelijk) had beperkt tot 'wegnemen'. Het complexere begrip 'stelen' was door de jury niet gebruikt en zij hadden de wegneming evenmin als *frauduleuse* gekarakteriseerd. Daardoor kon het wegnemen van het paard niet als stelen worden aangemerkt. Het *cour d'assises* had daarom de straf genoemd in art. 388 CP niet aan Bailly mogen opleggen.

'[A]ttendu que les jurés avaient été interrogés sur le fait de savoir si Claude Bailly était coupable d'avoir volé un cheval dans les champs; que, sur cette question, qui présentait le fait d'une soustraction frauduleuse, ils ont répondu que l'accusé était coupable d'avoir soustrait un cheval pacageant dans les champs; qu'ils n'ont point employé l'expression complexe du vol, et qu'à l'expression simple de soustraction qu'ils ont mise dans leur réponse, ils n'ont pas ajouté celle de

²⁶⁰ 'Ja, de beschuldigde is schuldig aan het weggenomen hebben van een paard dat graasde.' (vertaling: EHA vL).

²⁶¹ 'Le demandeur disait que, d'après le premier de ces articles, il ne suffit pas qu'un individu ait soustrait un objet quelconque pour être coupable de vol, qu'il faut de plus qu'il ait soustrait frauduleusement; que le mot vol présente seul l'idée complexe de l'appréhension et de la fraude; que le terme soustraction ne peut être employé, dans le même sens, qu'avec quelque épithète, telle que celle de frauduleuse; et qu'aussi l'on voit que, dans l'art. 388, la loi sert du mot volé et non de soustrait.' *Cour de cassation*, 26 oktober 1815, ook gepubliceerd in het *Journal des audiences* de la Cour de cassation, ou *Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, 1816 gerapporteerd door Robert de Saint-Vincent, p. 213-214 (Bailly) (via website Gallica onder : ark:/12148/cb34419617c/date).

*frauduleuse, qui pouvait déterminer la moralité de la soustraction, et lui donner le caractère de vol; que le fait déclaré par les jurés ne constituait pas le crime prévu par l'art. 388 du Code pénal,*²⁶²

Het *Cour de cassation* vernietigde de uitspraak van het *cour d'assises* en verwees de zaak naar een ander *cour d'assises* om zich opnieuw te beraden op de gevolgen die aan de verklaring van de jury verbonden zouden moeten worden.²⁶³

2.2.4. De zaak Cadart²⁶⁴

In het tweede arrest stond eveneens het stelen ex art. 388 CP centraal. In dit geval werd Célestin Cadart ervan beschuldigd graanschoven behorende tot de graanoogsten van verschillende personen te hebben gestolen. Dit zou de *crime* het stelen van oogst (*vol de récolte*) kunnen opleveren, die net als het stelen van een paard onder art. 388 CP viel. Uit de *acte d'accusation* bleek dat Cadart samen met zijn zus Clothilde 's nachts op het land van burens van zijn vader graan in schoven zou hebben gebonden en die schoven naar het land van zijn vader zou hebben verplaatst.

De *acte d'accusation* vatte deze feiten samen als:

*'Cadart et Clothilde Cadart sont accusé d'avoir été trouvés, pendant la nuit du 15 au 16 août dernier, liant des gerbes dans divers voisins de celui François Cadart, leur père, demeurait à Rely, et portant lesdites gerbes dans le champ de leur père, ce qui caractérise un vol de récolte.'*²⁶⁵

De jury werd gevraagd of Cadart schuldig was aan het hebben gebonden van graan (in schoven) op het land van verschillende burens van zijn vader en deze schoven naar het land van zijn vader te hebben gedragen in de nacht van 15 op 16 augustus. Die vraag werd – kort samengevat – geformuleerd als: 'Is Célestin Cadart schuldig aan het hebben gebonden en het hebben verplaatst van graan(schoven) van het land van de burens naar het land van zijn vader?'

²⁶² Arrest van het *Cour de cassation* 26 oktober 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1815, p. 125-126 (Bailly).

²⁶³ De zaak werd vervolgens doorverwezen naar een ander *cour d'assises* dat, naar ik aanneem, tot de conclusie zou moeten komen dat de verklaring van de jury geen strafbaar feit opleverde. Het ligt voor de hand dat het tweede *cour d'assises* tot een *absolution* (ontslag van alle rechtsvervolging) ten aanzien van Bailly zou komen.

²⁶⁴ *Cour de cassation* 19 april 1816, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1816 p. 48-50 (Cadart). Zie ook Bourguignon 1825, p. 81-82.

²⁶⁵ *Cour de cassation* 19 april 1816, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1816, p. 49 (Cadart).

‘Célestin Cadart, est-il coupable, d’avoir été trouvé, pendant la nuit du 15 au 16 août dernier, liant des gerbes dans divers voisins de celui François Cadart, son père (...) et portant lesdites gerbes dans le champ de son père?’²⁶⁶

In het licht van het vorige arrest (Bailly) valt op dat in deze vraag een verwijzing naar het arglistige (*frauduleuse*) karakter van de wegneming of een andere verwijzing naar het stelen, ontbreekt. Voor zover ik heb kunnen nagaan werd er ook geen afzonderlijke vraag gesteld met de strekking of de genoemde handelingen *frauduleuse* waren.

De jury beantwoordde de vraag of Cadart *coupable* was aan het binden en wegdragen van de graanschoven, bevestigend. Door het *cour d’assises du Pas-de-Calais* werd Cadart vervolgens veroordeeld tot vijf jaar opsluiting. Cadart ging in cassatie en in zijn cassatiemiddel stelde hij dat de oplegging van deze straf niet gebaseerd kon worden op de verklaring van de jury dat hij schuldig was aan het binden en wegdragen van graanschoven. Het *Cour de cassation* gaf hem daarin gelijk en overwoog dat het binden van schoven op het land van anderen en het verplaatsen van deze graanschoven naar het land van zijn vader, niet dwong tot de conclusie dat sprake was van het stelen van graan. Voor aansprakelijkheid ter zake van het stelen van graan in de zin van art. 388 CP had de juryverklaring ook betrekking moeten hebben op het oogmerk van Cadart om het graan te verkrijgen, zodat duidelijk was dat Cadart met de *intention* (het opzet) kenmerkend voor stelen had gehandeld. Door de wijze waarop de vraag was geformuleerd, was de jury niet in staat gesteld een oordeel te geven over de aanwezigheid van deze *intention*. Nu dit oordeel ontbrak, kon de juryverklaring de conclusie dat sprake was van stelen niet dragen.

‘[L]e fait d’avoir lié des gerbes dans le champ d’autrui, et les avoir portées dans un champ appartenant au père de l’auteur de ce fait, ne constituait pas nécessairement le fait matériel de vol; qu’en déclarant l’accusé coupable de ce fait, les jurés n’ont donc pas nécessairement déclaré le prévenu coupable d’un crime de vol; qu’ils auraient dû être interrogés, et qu’ils auraient dû répondre sur le fait moral de savoir si ce fait avait constitué un vol; ou du moins s’il avait été frauduleusement ou dans l’intention du vol’.²⁶⁷

Onduidelijk bleef in dit geval of de jury met haar schuldigverklaring iets anders, of méér, had bedoeld dan de vaststelling dat Cadart de feitelijke handelingen waarvan hij werd beschuldigd, het binden en wegdragen van het graan, had begaan. De vraag

²⁶⁶ *Cour de cassation* 19 april 1816, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1816, p. 49 (Cadart).

²⁶⁷ *Cour de cassation* 19 april 1816, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1816, p. 49-50 (Cadart).

die niet was gesteld, was of hij daarbij een '*intention frauduleuse*' had gehad. De aanwezigheid van een '*intention frauduleuse*' kon door de jury dus ook niet worden bevestigd.

Hierin verschilt deze zaak van de hiervoor besproken uitspraak in de zaak Bailly. In Bailly zweeg de jury nadrukkelijk over de *intention* van Bailly, terwijl de vraag of die *intention* aanwezig was, wel in de vraag besloten had gelegen. In Cadart wordt de jury alleen een objectieve vraag gesteld, waardoor de jury ook niet in de gelegenheid werd gesteld om zich uit te spreken over de mogelijkheid dat Cadart met de *intention* om te stelen graan had weggenomen.

Het *Cour de cassation* constateerde dat de vastgestelde handelingen en de gang van zaken niet voldoende waren om tot een veroordeling voor het stelen van graan te kunnen komen.

*'Qu'en déclarant l'accusé coupable de ce fait, les jurés n'ont donc pas nécessairement déclaré le prévenu coupable d'un crime de vol.'*²⁶⁸

Om aansprakelijk te kunnen zijn ter zake van het stelen van graan was behalve de vaststelling dat het graan was weggenomen, ook de vaststelling van de *intention* of de karakterisering van de wegneming als *frauduleuse* essentieel. Als de *coupable*-vraag dat subjectieve element miste, omvatte de schuldigverklaring die daarop volgde dit subjectieve aspect evenmin en kon, ondanks de vaststelling dat de beschuldigde schuldig (*coupable*) was, geen straf volgen.

2.2.5. De zaak Bréant²⁶⁹

De betekenis van de verklaring van de jury op de *coupable* vraag wordt, zo bleek hiervoor, in belangrijke mate bepaald door de vraag die aan de jury werd voorgelegd: als de jury zijn verklaring nadrukkelijk beperkte tot de vaststelling van bepaalde feiten, bleek dat niet voldoende als basis voor een veroordeling. In de twee arresten die hierna worden besproken (inzake Bréant en Lejeal) staat de interpretatie die de rechters gaven aan een bepaalde *coupable* verklaring centraal.

In de zaak Bréant sprak de jury zich – naar het lijkt ongevraagd – expliciet uit over de wil van de beschuldigde. Volgens Bourguignon had de jury de beschuldigde,

²⁶⁸ *Cour de cassation* 19 april 1816, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1816, p. 50 (Cadart).

²⁶⁹ Dit arrest wordt besproken door Bourguignon 1825, p. 82. Ondanks de door Bourguignon vermelde vindplaats heb ik het arrest niet kunnen vinden, maar volgens hem zou dit arrest van het *Cour de cassation* zijn geweest op 30 april 1816 en zijn gerapporteerd door Bauchau.

mevrouw Bréant, eerst unaniem schuldig verklaard aan brandstichting.²⁷⁰ Maar aan die eerste verklaring voegden de juryleden een tweede verklaring toe met de strekking dat mevrouw Bréant de brand niet alleen had gesticht, maar dat zij dat met ‘*la volonté de le commettre*’ (opzettelijk) had gedaan.²⁷¹ Bourguignon is niet heel duidelijk over de positie van deze – ogenschijnlijk – extra verklaring over het opzet van de beschuldigde, maar ik krijg de indruk dat deze verklaring op eigen initiatief van de jury tot stand kwam.²⁷² De rechters van het *cour d’assises* waren van oordeel dat de tweede verklaring van de jury (over het opzet) overbodig was, omdat dat opzet, door hen de criminele wil (‘*volonté criminelle*’) genoemd, besloten lag in de vaststelling dat de beschuldigde zich schuldig (in de zin van *coupable*) had gemaakt aan brandstichting.²⁷³ De rechters besloten daarom de extra verklaring over de *volonté* buiten beschouwing te laten en mevrouw Bréant te veroordelen.

De opvatting van de rechters dat in de vaststelling van de schuld (*culpabilité*) de *intention* ofwel het opzet op de brandstichting (de ‘*volonté de le commettre*’) besloten lag, werd in cassatie betwist. Gesteld zou kunnen worden dat de strekking van de tweede verklaring van de jury impliceerde dat de eerste verklaring alleen een vaststelling van de feiten betrof. In dat geval zouden de rechters voorbij zijn gegaan aan de samenhang tussen de verklaringen van de jury door de tweede verklaring ter zijde te schuiven. Het cassatiemiddel concentreerde zich echter op de procedurele consequentie van de redenering van de rechters, namelijk dat (een deel van) de verklaring van de jury terzijde was geschoven. Daardoor kwam het *Cour de cassation*

²⁷⁰ Bourguignon heette voluit Claude Sébastien Bourguignon-Dumolard (1760-1829). Hij was een maand minister van politie in 1799. Ook was hij rechter bij onder andere het *tribunal criminel* in 1800 en later bij het *Cour de Cassation* (1809). In 1810 werd bij *conseiller* bij het *Cour de Paris*, waar hij als *conseiller honoraire* aan verbonden bleef. Zie ‘*Le tribunal et la cour de cassation. Notices sur le personnel (1791-1879)*.’ Parijs: Imprimerie Nationale 1879, p. 392-383. Zie ook ‘*Bibliographie des hommes vivant ou histoire par ordre alphabétique de la vie publique de tous les hommes qui se sont fait remarquer par leurs action ou leurs écrits*.’ Parijs: L.G. Michaud 1816, p. 451-452. Een uitgebreidere beschrijving is te vinden op de Franse site van Wikipedia.

²⁷¹ Anders dan de vorige verklaring, was deze beslissing niet unaniem, maar genomen met 7 tegen 5 stemmen. Dit was relevant in verband met de mogelijkheid dat de rechters ook over dit punt moesten beraadslagen ex art. 351 CIC (aangenomen dat het als onderdeel van de schuldvraag werd beschouwd).

²⁷² Doordat ik het arrest van het *Cour de cassation* niet heb kunnen achterhalen, weet ik niet zeker op welke strafbepaling de *acte d’accusation* en de vragen waren toegespitst. Als dat art. 434 CP was, dan was ‘*volontairement*’ bijvoorbeeld wel onderdeel van de strafbepaling. Dit artikel luidde (verkort): ‘*Quiconque aura volontairement mis le feu à des édifices (...) sera puni de la peine de mort.*’.

²⁷³ ‘*La cour d’assises jugeant la ‘volonté’ criminelle de l’accusé, implicitement comprise dans le mot ‘coupable’ employé dans la réponse, fit l’application de la loi pénale;*’ Bourguignon 1825, p. 82.

niet toe aan een oordeel over de redenen van de rechters van het *cour d'assises* om de *coupable*-verklaring anders te lezen dan deze mogelijk bedoeld was.

2.2.6. De zaak Lejeal

Op 9 oktober 1823 deed het *Cour de cassation* uitspraak in een andere zaak waarin de relatie tussen *volonté* en *culpabilité* aan de orde kwam.²⁷⁴ Deze zaak betrof de vervolging van Claude Lejeal voor het slaan van Laurent Baradel met een voorwerp waarna de laatste als gevolg van de klap was overleden. De jury werd gevraagd of Lejeal de bewuste klap '*volontairement*' had gegeven en ook of hij de klap met '*préméditation*' had gegeven. Volgens de verklaring van de jury die uiteindelijk gebruikt is als basis voor de veroordeling, had Lejeal de klap *volontairement*, maar niet met *préméditation* gegeven. Naar aanleiding van deze verklaring werd Lejeal door het *cour d'assises* veroordeeld tot dwangarbeid voor onbepaalde tijd vanwege het begaan van '*homicide volontaire*' (doodslag).²⁷⁵ In cassatie werd betwist dat de verklaring van de jury een basis kon bieden voor een veroordeling ter zake van doodslag (*homicide volontaire*). Het punt dat in het cassatiemiddel werd aangesneden is voor de betekenis van de *coupable* verklaring dus niet relevant. De uitspraak in de zaak Lejeal is interessant voor de inhoud van *coupable* vanwege de beschouwing die het *Cour de cassation* gaf voorafgaand aan de beoordeling van het cassatiemiddel.

Het *Cour de cassation* stelde in Lejeal dat een *coupable*-verklaring betekende dat de feiten bewezen waren en dat de *intention* bewezen was (door de jury aanwezig werd geacht). Dat betekende volgens het *Cour de cassation* echter niet dat de verklaring van de jury altijd op beide aspecten zag, omdat uit de bewoordingen van de verklaring van de jury zou kunnen blijken dat een verklaring zich uitdrukkelijk beperkte tot de vaststelling van de feiten.

'[A]ttendu que si le mot coupable emporte l'idée du fait et de l'intention criminelle, ce mot cesse d'avoir un sens aussi étendu, lorsque le jury l'a expressément borné au fait matériel, et a exclu en termes formels l'intention du crime que cette intelligence du mot coupable sort des termes mêmes de l'article 364 (...).'²⁷⁶

Art. 364 CIC

²⁷⁴ *Cour de cassation*, 9 oktober 1823, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1823, p. 397-400.

²⁷⁵ Art. 295 CP : '*L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.*' Art. 304 CP: '*Le meurtre emportera la peine de mort, lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime ou délit. En tout autre cas, le coupable de meurtre sera puni de la peine des travaux forcés à perpétuité.*'

²⁷⁶ *Cour de cassation*, 9 oktober 1823, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle* 1823, p. 399.

La cour prononcera l'absolution de l'accusé, si le fait dont il est déclaré coupable n'est pas défendu par une loi pénale.

Het *Cour de cassation* maakte in de zaak Lejeal dus duidelijk dat de schuldigverklaring door de jury zich in beginsel niet beperkte tot vaststelling van de feiten, maar ook de vaststelling van *intention* omvatte.

Met de vaststelling van de schuld (*culpabilité*) was aansprakelijkheid echter nog niet gegeven. Het was aan de rechters om aan de verklaring van de jury een juridische beslissing te koppelen. Pas in dit stadium werd de gedraging waaraan de beschuldigde schuldig was bevonden officieel (definitief) gekwalificeerd. Mocht de beschuldigde schuldig zijn verklaard aan een gedraging waaraan de Code pénal (of een andere wet) geen straf verbond, dan werd een *absolution* (ontslag van alle rechtsvervolging) uitgesproken. Daarnaast kon een *fait d'excuse* aansprakelijkheid wegnemen of de op te leggen straf verminderen. Deze *faits d'excuse* en hun gevolgen staan in de volgende paragraaf centraal.

3. De gronden voor verschoning (*faits d'excuse*)

3.1. Inleiding

De *faits d'excuse* (verkort: *excuses*) waren de gronden of omstandigheden die de beschuldigde kon aanvoeren ter verontschuldiging en die in de Code pénal als gronden voor verzachting of verschoning van de straf waren erkend.²⁷⁷ Doordat deze gronden de hoogte van de straf zodanig konden beïnvloeden dat deze tot nul werd gereduceerd, of zelfs aansprakelijkheid konden opheffen, behoren de *faits d'excuse* tot de omstandigheden die een rol speelden bij de vaststelling van aansprakelijkheid. Net als bij de beslissing over de *culpabilité*, gold ook voor de beslissing over de aanwezigheid van een of meer *faits d'excuse* dat die vraag in het strafproces voor het *cour d'assises* expliciet aan de orde kwam, omdat de jury moest beslissen of de omstandigheden die ter verontschuldiging werden aangevoerd, aanwezig waren.

3.2. Wettelijk kader

In de procedure voor het *cour d'assises* was het de jury die besloot over de aanwezigheid van een grond die door de beschuldigde als reden voor verontschuldiging was aangevoerd. Dit volgde uit de tekst van art. 339 CIC waarin een voorbeeldvraag suggereert dat de jury alleen mocht worden gevraagd: 'Is dat een vaststaand feit?'

Art. 339 CIC

²⁷⁷ Dit is het gevolg van art. 65 CP.

*‘Lorsque l’accusé aura proposé pour excuse un fait admis comme tel par la loi, la question sera ainsi posée: « Tel fait est-il constant? »*²⁷⁸

De jury mocht dus alleen beslissen óf de reden, grond of omstandigheid die de beschuldigde ter verontschuldiging naar voren had gebracht, aanwezig was geweest en dus niet of die grond, indien aanwezig, ook reden was voor strafvermindering of opheffing van aansprakelijkheid. De vraag of een grond aangemerkt kon worden als een *fait d’excuse* in de zin van de Code pénal, was een juridische beslissing en daarom voorbehouden aan de rechters.²⁷⁹

Niet elke grond die een beschuldigde aanvoerde ter verontschuldiging kon aanleiding zijn voor schuldeloosheid of strafvermindering. Op grond van art. 65 CP konden alleen de in de wet erkende gronden leiden tot het verminderen van de straf of het opheffen van aansprakelijkheid.²⁸⁰ Tijdens de parlementaire behandeling van de Code pénal werd gesteld dat het doel van art. 65 CP was dat strafvermindering niet meer afhankelijk zou zijn van het inzicht en de emoties van de rechter, maar gebaseerd moest worden op de duidelijke en constante wil van de wet(gever).²⁸¹ Daar waar de Code pénal een minimum- en een maximumstraf voorschreef, had de rechter – binnen die grenzen – enige speelruimte.²⁸² Op deze manier wilde de Franse wetgever de samenleving beschermen tegen de willekeur en grilligheid van de (menselijke) emoties van de rechter.

²⁷⁸ ‘Als de beschuldigde een feit dat door de wet is aangewezen als verontschuldiging (*excuse*) naar voren heeft gebracht, dan moet deze vraag worden gesteld: “Is dat feit aanwezig?/Staat dit feit vast?” (vertaling EHA vL)

²⁷⁹ In een vonnis dat werd gecasseerd door het *Cour de cassation* op 16 juni 1815 was de jury gevraagd: ‘*Le meurtre, est-il excusable?*’. Deze vraag werd in strijd met art. 339 CIC geacht, omdat de jury werd gevraagd of er een *fait d’excuse* in de zin van de wet aanwezig was. Zie ook hiervoor onder voetnoot 239.

²⁸⁰ Art. 65 CP luidde: ‘Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins.’ Zie ook Schooneveld 1855, p. 52.

²⁸¹ Art. 339 CIC droeg de beslissing over de aanwezigheid van *faits d’excuse* op aan de jury. Locré 1831, p. 264. ‘*Ces deux dispositions [art. 339 CIC en art. 65 CP, EHA vL] ont pour but de prévenir l’arbitraire qui substitue les passions, toujours mobiles et souvent aveugles de l’homme, à la volonté ferme et constante de la loi.*’

²⁸² Die ruimte was wat betreft de *délits* (en sommige *crimes*) verder verruimd (voorzover de schade minder dan 25 francs bedroeg en de rechters meenden dat zich verzachtende omstandigheden hadden voorgedaan) door art. 463 CP: ‘*Dans tous les cas où la peine d’emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n’excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l’emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l’amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l’une ou l’autre de ces peines, sans qu’en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police.*’ De strenge bepaling van art. 65 CP en de consequenties daarvan waren dus het meest voelbaar bij de *crimes* die werden bestraft met iets anders dan alleen gevangenisstraf.

De gedachte dat de samenleving moest worden beschermd tegen de willekeur en emoties van de rechter heeft op verschillende punten een rol gespeeld bij de vormgeving van de Code pénal. Die gedachte heeft in de jurisprudentie van het *Cour de cassation* bovendien een loyale uitwerking gekregen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak inzake art. 65 CP. Op basis van de bewoordingen van art. 65 CP zou de indruk kunnen ontstaan dat deze bepaling alleen gold voor de *excuses* die ter zake van *crimes* of *délits* werden aangevoerd:

Art. 65 CP

*‘Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse.’*²⁸³

De indruk dat art. 65 CP alleen van toepassing zou zijn op *faits d’excuse* voor zover het *crimes* en *délits* betreft, wordt niet alleen gevoed door de bewoordingen van art. 65 CP, maar ook door de plaats van dit artikel in het tweede boek van de Code pénal (*‘Des personnes punissables, excusables ou responsables, pour crimes ou pour délits’*). De wetssystematiek lijkt te impliceren dat de beperking dat strafverminderinggronden uit de Code pénal moesten voortvloeien, niet zou gelden voor *excuses* aangevoerd ter zake van *contraventions*. Het *Cour de cassation* besliste echter anders.²⁸⁴

Uit een arrest van 9 februari 1815 blijkt dat het *Cour de cassation* van mening was dat de beperking van de *faits d’excuse* die uit art. 65 CP volgde, ook gold voor *contraventions*. Aan dit arrest lag een uitspraak van het *tribunal de police* van Coulommiers ten grondslag. Dit *tribunal* had besloten dat de overtreding die de drie verdachten, de heer Pepin en het echtpaar Noisette, hadden begaan, verontschuldigd (*excusé*) moest worden. Pepin en de Noisettes werden vervolgd omdat zij de luiken van hun winkels hadden geopend en kennelijk koopwaar (garen, band, zeemleer, ondergoed) hadden aangeboden op zondag 11 januari 1815.²⁸⁵ Daarmee handelden

²⁸³ ‘Geen misdaad of wanbedrijf mag verschoond of de daarop gestelde straf verzacht worden, dan in de gevallen en omstandigheden, waarin de wet het feit verschoonbaar verklaart, of het toewijzen eener min gestrengte straf [sic] toestaat.’ Vertaling Bilderdijk. Zie ook Schooneveld 1855, p. 52.

²⁸⁴ Cour de cassation 9 februari 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle* 1815, p. 16-17 (Pepin en de Noisettes).

²⁸⁵ ‘Ces particuliers avaient été trouvés en contravention `la loi relative à l’observation des fêtes et dimanches, pour avoir, le 11 janvier dernier, exposé et mis en vente, les volets des boutiques ouverts, des objets de mercerie, mégisserie et lingerie, dont le sieur Pepin et la dame Noisette font commerce;’ Cour de cassation 9 februari 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle* 1815, p. 16 (Pepin en de Noisettes).

ze in strijd met art. 2 van de *loi relative à l'observation des fêtes et dimanches* (hierna: de wet) en dat werd bestraft als een *contravention*.²⁸⁶ Het *tribunal de police* van Coulommiers overwoog dat de *contravention* bewezen was, maar dat het begaan van de overtreding de verdachten niet kwalijk kon worden genomen (*excusé*):

*‘(...) le tribunal de police de Coulommiers, en reconnaissant que le fait de la contravention était constant, s’était abstenu de prononcer l’amende, et avait excusé les contrevenants, sous le prétexte qu’ils n’avaient pas saisi le vrai sens du mot exposé, employé dans l’art. 2 de la loi [relative à l’observation des fêtes et dimanches].’*²⁸⁷

Volgens de rechter hadden Pepin en de Noisettes niet geweten dat zij iets deden dat strafbaar was: de werkelijke betekenis van het woord ‘*exposé*’ (tentoongesteld) gebruikt in art. 2 van de wet zouden zij verkeerd hebben begrepen uit onwetendheid of onbegrip. Daarom besloot het *tribunal de police* af te zien van het opleggen van de boete. Zoals hiervoor uiteengezet, is de grens die art. 65 CP stelt aan de mogelijksterwijs aan te voeren *faits d’excuse* niet van toepassing op *contraventions*, althans bij een letterlijke interpretatie van art. 65 CP. Als die lezing van art. 65 CP juist was geweest, zou de beslissing van het *tribunal de police* om Pepin en de Noisettes te veronschuldigen wegens onbekendheid met de wet in overeenstemming met het recht zijn geweest.

Het *Cour de cassation* oordeelde echter dat het *tribunal de police* de wet had geschonden doordat het de verdachten vrijuit had laten gaan op basis van een grond die niet in de wet erkend was:

*‘Que le tribunal de police de Coulommiers, en admettant des excuses qui ne sont pas dans la loi, en s’abstenant, d’après ces excuses, de prononcer l’amende, lorsque le fait de la contravention était constant, a violé les loi fondamentales (...).’*²⁸⁸

Hoewel het *Cour de cassation* dit niet met zoveel woorden overwoog, zou uit deze uitspraak kunnen worden afgeleid dat het *tribunal de police* in strijd met de wet (art. 65 CP) had gehandeld door de onwetendheid of het onbegrip van Pepin en de Noisettes als reden voor verschoning aan te merken en geen boete op te leggen. Onwetendheid of gebrekkige kennis van de wet waren echter niet door de Code pénal erkend als *faits d’excuse* en art. 65 CP stond in de weg aan het reduceren van de boete tot een bedrag lager dan het voorgeschreven minimum zonder wettelijke grond.

²⁸⁶ Wet van 18 november 1814. Deze wet werd door het *Cour de cassation* aangeduid als ‘*la loi relative à la célébration des fêtes et dimanches*’.

²⁸⁷ *Cour de cassation* 9 februari 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle* 1815, p. 16-17 (Pepin en de Noisettes).

²⁸⁸ *Cour de cassation* 9 februari 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle* 1815, p. 17 (Pepin en de Noisettes).

Dus hoewel dat niet uit de bewoordingen van art. 65 CP volgde, gold de beperking die deze bepaling aan de gronden voor verschoning stelde voor alle strafbare feiten: *crimes, délits en contraventions*.

3.3. Twee soorten gronden voor verschoning

Uit de wetsgeschiedenis en de wetssystematiek blijkt dat de Franse strafwetgever twee soorten gronden of omstandigheden voor verschoning (*faits d'excuse*) voor ogen heeft gehad: de dwingende en de verzachtende omstandigheden voor verschoning. Terwijl de dwingende gronden (*excuses péremptoires*) het vaststellen van de schuld (*culpabilité*) van een beschuldigde onmogelijk maakten, raakten de verzachtende gronden (*excuses atténuantes*) alleen de strafmaat. Die verzachtende gronden stonden dus niet aan aansprakelijkheid in de weg, zoals de dwingende gronden, maar verminderden alleen de mate van schuld en brachten verzachting van de straf met zich mee.

Naar aanleiding van het verschil in effect tussen *excuses péremptoires* en *excuses atténuantes* overwoog het *Cour de cassation* echter dat de *excuses péremptoires* geen *faits d'excuse* waren.²⁸⁹ Een argument hiervoor was te vinden in de wettekst van art. 65 CP. Dit artikel definieerde een *fait d'excuse* als een grond of omstandigheid die leidde tot vermindering (*mitigé*) of kwijtschelding (*excusé*) van de straf. Bij een strikte uitleg van die definitie konden alleen de *excuses atténuantes* werkelijk als *faits d'excuses* konden worden beschouwd.²⁹⁰ Anders dan deze verzachtende gronden stonden dwingende gronden voor verontschuldiging (*excuses péremptoires*) namelijk aan aansprakelijkheid in de weg. In dat opzicht waren de *excuses péremptoires* dus geen gronden die excuseerden: terwijl de *excuses atténuantes* het begaan van het strafbare feit minder strafbaar maakten, stonden *excuses péremptoires* aan aansprakelijkheid in de weg.

Uit de rechtspraak die hierna in paragraaf 3.5.3 wordt besproken, blijkt dat rechters in eerste instantie moeite hadden met die duiding van *excuses péremptoires*, omdat de wetgever beide soorten gronden voor verschoning '*faits d'excuse*' had genoemd, terwijl hun uitwerking op de aansprakelijkheid anders was. Het *Cour de cassation* heeft hierover in zijn jurisprudentie meer duidelijkheid geschapen door de *excuses péremptoires* af te zetten tegen de *excuses atténuantes*. Om de ontwikkeling en

²⁸⁹ Zie het hierna in par. 3.5.3 te bespreken arrest van het *Cour de cassation* van 26 oktober 1815 (Pigeon).

²⁹⁰ Dit lijkt niet de insteek van de Franse wetgever te zijn geweest (zoals onder andere blijkt uit de opmerkingen van Riboud die ook de waanzin (*démence*) een *fait d'excuse* noemde, Locré 1831, p. 282. 'En résumé ces détails, il s'ensuit que les diverses excuses directes ou indirectes forment deux classes ; la première, des excuses absolues ou péremptoires (...); la seconde, des excuses atténuantes').

de bijzondere positie van enkele *excuses péremptoires* te kunnen plaatsen, bespreek ik hieronder eerst de *excuses atténuantes* en daarna de *excuses péremptoires*.

3.4. De *excuses atténuantes*

De *excuses atténuantes*, de gronden die de maximaal op te leggen straf verlaagden of vervingen door een minder zware straf, maakten de handeling waaraan de beschuldigde schuldig (*coupable*) was verklaard ‘*excusable*’ in de ogen van de wet(gever).²⁹¹ Verzachtende omstandigheden waren bijvoorbeeld de jeugdige of hoge leeftijd van de veroordeelde. Ook de *excuses légales*, in de wet aangewezen gronden die betrekking hadden op omstandigheden voor, tijdens of na het strafbare feit waardoor de ernst van dat feit afnam, waren aanleiding tot het opleggen van een minder zware straf.²⁹² Zo konden zij er bijvoorbeeld toe leiden dat een beschuldigde niet werd veroordeeld tot de doodstraf, maar tot tien jaar dwangarbeid.

Het *excuse de l’âge*, de verschoningsgrond van de leeftijd, had een bijzondere positie ten opzichte van de andere verschoningsgronden. Of en in welke mate dit *fait d’excuse* van toepassing was, was afhankelijk van de leeftijd van de verdachte en de mate waarin hij het vermogen had goed en kwaad van elkaar te onderscheiden (*discernement*). De Code pénal maakte onderscheid tussen verdachten jonger dan zestien jaar, verdachten tussen de zestien en zeventig jaar en verdachten ouder dan zeventig jaar. Zowel voor jonge als voor bejaarde verdachten en veroordeelden golden andere straffen. Voor de dader die jonger dan zestien jaar was, bepaalde art. 66 CP daarbij dat hij moest worden vrijgesproken (*acquitté*) als hij zonder oordeel des onderscheids (*discernement*) had gehandeld:

Art. 66 CP

Lorsque l’accusé aura moins de seize ans, s’il est décidé qu’il a agi sans discernement, il sera acquitté; (...).

In dat geval had het *excuse de l’âge* dus dezelfde uitwerking als een *excuse péremptoire*. De consequenties van de jeugdige leeftijd waren anders als de verdachte weliswaar jonger dan zestien jaar was geweest, maar wel had gehandeld met het vermogen goed en kwaad van elkaar te onderscheiden. Voor deze verdachte bepaalde art. 67 CP welke (aangepaste) straffen konden worden opgelegd; de wettelijke straffen voor

²⁹¹ Zoals de verdachte die was uitgedaagd, Locré 1831, p. 282.

²⁹² ‘(...) [D]es excuses atténuantes : celle-ci peut se subdiviser en deux espèces ; savoir, l’excuse dérivent de l’influence de l’âge des condamnés, et l’excuse légale, dans laquelle les circonstances antérieures, identiques ou postérieures au crime ou délit, affaiblissent sa gravité, libèrent de la peine portée par la loi pour ce crime ou délit, et n’en exigent qu’une autre d’une nature inférieure.’ Locré 1831, p. 282-283.

volwassenen werden vervangen door minder zware. De doodstraf of levenslange dwangarbeid werd bijvoorbeeld vervangen door opsluiting in een verbeterhuis voor de duur van tien tot twintig jaar. Ook voor daders en veroordeelden die zeventig jaar of ouder waren, voorzag de Code pénal in een aangepast strafregime. Zo bepaalde art. 70 CP dat aan een verdachte die zeventig jaar of ouder was, geen dwangarbeid of deportatie meer kon worden opgelegd.²⁹³ In plaats daarvan moest de rechter een bejaarde verdachte veroordelen tot opsluiting in een tuchthuis (*réclusion*).²⁹⁴ In art. 72 was vastgelegd dat ook een tot dwangarbeid veroordeelde die de leeftijd van zeventig jaar bereikte de resterende straf in een tuchthuis moest uitzitten.²⁹⁵

De *excuses légales* waren gronden die door de Franse wetgever als redenen voor strafvermindering waren erkend, maar waarbij de noodzaak tot strafvermindering niet uit een 'natuurwet' voortvloeide.²⁹⁶ Het (enige) verschil tussen een *excuse légale* en andere als verklaring of excuus voor het delict aangevoerde omstandigheden zoals depressie, betovering of dronkenschap, was dat de Franse wetgever deze omstandigheden had erkend als reden voor strafvermindering.²⁹⁷ Een voorbeeld van een *excuse légale* was art. 321 CP, dat zag op de situatie waarin de dader een ander had mishandeld of doodgeslagen nadat hij door diegene was geprovoceerd.²⁹⁸

Art. 321 CP

Le meurtre, ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes.

Op grond van art. 321 CP werden dus doodslag, maar ook slaan en toebrengen van verwondingen de dader minder zwaar aangerekend als deze handelingen waren

²⁹³ Art. 70 CP: 'Les peines des travaux forcés à perpétuité, de la déportation et des travaux forcés à temps, ne seront prononcées contre aucun individu âgé de soixante-dix ans accomplis au moment du jugement.'

²⁹⁴ Art. 71 CP.

²⁹⁵ Hoewel de Code pénal 1810 bekend stond om zijn strenge en harde strafregime, komt de regeling van art. 70 e.v. heel humaan over.

²⁹⁶ Vgl. een opmerking van Riboud in de wetgeschiedenis van de Code pénal: 'Ces exceptions [de excuses péremptoires] sont un hommage rendu aux lois de la nature; elles assimilent ces cas à ceux où l'on n'a pu résister à une force majeure, et constituent une véritable excuse.' Locré 1831, p. 282.

²⁹⁷ Dalloz onderscheidde drie soorten gronden bij de bespreking van de excuses. De *excuses péremptoires*, de *excuses légales* en de *circonstances atténuantes*. Het derde type excuses dat hij bespreekt, noemt hij de *circonstances atténuantes* (verzachtende omstandigheden). Hij noemde hier onder andere *l'ivresse* (de dronkenschap); *le misère et le sortilège* (de ellende en de betovering of tovenarij). Deze omstandigheden konden de straf niet van aard doen veranderen, maar konden wel een aanwijzing zijn voor de rechter om de straf te matigen. Dalloz 1829, p. 299 e.v., p. 303 e.v. en p. 314 e.v.

²⁹⁸ Zie ook Machiels 1986, p. 296.

uitgelokt door ernstige gewelddadigheden tegen hemzelf of derden.²⁹⁹ Dit betekende dus dat als de doodslag verband hield met geweld van de kant van het slachtoffer, en als de jury aan nam dat dit zo was en dat dit geweld de aanleiding was geweest voor de doodslag, dan werd die doodslag niet bestraft met levenslange dwangarbeid, maar met een gevangenisstraf van één tot maximaal vijf jaar.³⁰⁰ Dit voorbeeld laat zien dat een *excuse atténuante* dus niet alle verantwoordelijkheid bij de beschuldigde wegnam, maar wel kon leiden tot een (aanzienlijke) vermindering van zijn strafbaarheid.

3.5. De excuses péremptoires

3.5.1. Dwingende gronden voor verschoning

Een *excuse péremptoire* (dwingende grond voor verschoning) leidde ertoe dat de schuld van de beschuldigde niet kon worden vastgesteld. Een *excuse péremptoire* had een *non-coupable* verklaring door de jury tot gevolg. In dat opzicht verschilden de *excuses péremptoires* wezenlijk van de *excuses atténuantes*. In een verklaring namens de regering werden door Fauré twee gronden genoemd die volgens hem *excuses péremptoires* waren: de waanzin en de overmacht.³⁰¹ Naast de overmacht en de waanzin werden ook de gehoorzaamheid aan de wet of aan het bevel van een bevoegde autoriteit en het ontbreken van '*de connaissance ou d'intention du crime*' destijds genoemd als omstandigheden die ertoe zouden moeten leiden dat een gedraging noch een *crime*, noch een *délit* kon zijn.³⁰²

Het uitsluiten van aansprakelijkheid wegens overmacht of waanzin was geregeld in art. 64 CP. Deze bepaling staat centraal in de volgende subparagraaf. De gehoorzaamheid aan de wet of het bevel waren als *excuses péremptoires* in de Code pénal opgenomen.³⁰³ Art. 114 CP bepaalde dat een ambtenaar die burgers van hun vrijheid beroofde of inbreuk maakte op hun burgerschapsrechten, strafbaar was, tenzij hij handelde op bevel van zijn superieur. In dat geval was de ambtenaar van straf gevrijwaard; de straf moest dan worden opgelegd aan degene die het bevel gegeven had: '*(...) il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée*

²⁹⁹ Art. 322 breidde de werkingssfeer van art. 321 uit tot de eigenaar van een huis die een insluiper had betrap en had mishandeld of gedood.

³⁰⁰ Art. 304 jo. 321 en 326 CP.

³⁰¹ Locré 1831, p. 282.

³⁰² '*Celles-ci peuvent être telles, que le fait, quoique préjudiciable à des tiers ou à la société, ne présente ni crime ni délit, comme dans le cas de force extérieure irrésistible, de démence, d'obéissance à la loi ou à un ordre de l'autorité légitime, de défaut de connaissance ou d'intention du crime.*' Locré 1831, p. 281.

³⁰³ De krankzinnigheid in art. 64 CP, de gehoorzaamheid aan de wet of het bevel van een superieur in art. 114 en 190 CP.

seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre.' Art. 190 CP had een vergelijkbare strekking.

Het ontbreken van '*de connaissance ou d'intention du crime*' is echter niet als *excuse péremptoire* in de Code pénal opgenomen. Daardoor kon het ontbreken van de *intention* alleen tot straffeloosheid leiden voorzover deze *intention* impliciet of expliciet in de delictsomschrijving werd geëist.

De overmacht, de waanzin en de gehoorzaamheid aan de wet of het bevel waren niet de enige *excuses péremptoires*. Zo waren er ook bepalingen die familieleden van iemand die verdacht werd van bepaalde *crimes* van aansprakelijkheid onthieven, ondanks de bepalingen die hen strafbaar maakten wegens medeplichtigheid dan wel vanwege het nalaten aangifte te doen. Riboud verklaarde dat deze situaties vergelijkbaar waren met overmacht, omdat ze voortkwamen uit de wetten der natuur. Ook die omstandigheden vormden volwaardige *excuses*, zo betoogde hij:

'[Q]u'il arrive quelquefois, quoique l'intention soit évidente, que la loi ne prononce point de peines. Vous en trouverez des exemples dans les articles où les proches parents et alliés des personnes prévenues de complot contre la sûreté de l'état; de fabrication de fausses monnaies, de recèlement de personnes accusées de crimes, n'en auraient pas fait la révélation. Ces exceptions sont un hommage rendu aux lois de la nature; elles assimilent ces cas à ceux où l'on n'a pu résister à une force majeure, et constituent une véritable excuse.'³⁰⁴

De familieleden van een beschuldigde konden zich dus niet bij elke *crime* beroepen op de bepalingen die hen van straf vrijwaarden. Alleen als de beschuldigde werd verdacht van een complot tegen de staatsveiligheid of het vervalsen van geld, waren de familieleden die onderdak boden, geen aangifte deden of een schuilplaats niet bekend maakten, niet strafrechtelijk aansprakelijk.³⁰⁵

³⁰⁴ Locré 1831, p. 282.

³⁰⁵ '(...) [D]e complot contre la sûreté de l'état; de fabrication de fausses monnaies, de recèlement de personnes accusées de crimes (...)'. Locré 1831, p. 282. Zie ook het citaat horende bij de vorige noot. Een voorbeeld van een bepaling die familieleden vrijwaarde van aansprakelijkheid was art. 137 CP. Art. 136 CP bedreigde ieder die kennis had van een fabriek of opslag voor vals geld en deze kennis niet binnen 24 uur aan de bevoegde autoriteiten of de plaatselijke politie mededeelde met een gevangenisstraf van een maand tot twee jaar. De aansprakelijkheid werd gebaseerd op het niet meedelen van de wetenschap van de geldfabriek of –opslag. Ook degene die verklaarde op geen enkele wijze betrokken te zijn geweest was aansprakelijk. Familieleden waren echter op grond van art. 137 geëxempteerd van aansprakelijkheid ex art. 136 CP ('*Sont néanmoins exceptés de la disposition précédente les ascendants et descendants, époux même divorcés, et les frères et sœurs des coupables, ou les alliés de ceux-ci aux mêmes degrés.*').

Behalve de overmacht en de krankzinnigheid waren er geen *excuses péremptoires* met een algemene strekking. Net als bij veel *excuses atténuantes* was het bereik van de meeste *excuses péremptoires* beperkt tot bepaalde strafbare gedragingen.³⁰⁶

3.5.2. Artikel 64 CP

Hiervoor is bij de introductie van de twee soorten verschoningsgronden (in paragraaf 3.2) al stil gestaan bij het bereik en de implicaties van art. 65 CP. Deze bepaling stelde grenzen aan de mogelijkheden om omstandigheden aan te kunnen merken als gronden voor verschoning: er was alleen sprake van een *fait d'excuse* als een omstandigheid door de wet als zodanig werd erkend. Net als bij art. 65 CP, leek ook het bereik van art. 64 op het eerste gezicht beperkt tot *crimes* en *délits*. Art. 64 CP bepaalde:

Art. 64 CP

*'Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.'*³⁰⁷

Dit wetsartikel maakte, net als art. 65 CP, deel uit van boek II van de Code pénal, getiteld '*Des personnes punissables, excusables ou responsables, pour crimes ou pour délits*'. Door de plaats in het tweede boek van de Code pénal had art. 64 CP een algemene strekking, zij het dat deze bepaling in beginsel alleen leek te gelden voor *crimes* en *délits*. Ook de wettekst van art. 64 CP wees in die richting: '*Il n'y a ni crime ni délit (...)*'. Hiervoor bleek dat het *Cour de cassation* in de zaak van Pepin en de Noisettes overwoog dat ondanks de bewoordingen van art. 65 CP, deze bepaling ook van toepassing was op *contraventions*. Het *Cour de cassation* heeft de werkingssfeer

³⁰⁶ Zoals bij art. 328 jo. 329 CP. Het doodslaan of toebrengen van klappen en verwondingen als gevolg van verdediging tegen een aanval leidde tot het uitsluiten van de strafbaarheid, zoals blijkt uit art. 328 CP (*Il n'y a ni crime ni délit, lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui.*). De reikwijdte van art. 328 werd op grond van art. 329 CP echter beperkt tot twee situaties. Namelijk als de klappen of verwondingen werden toegebracht ter afwerping of verdediging wanneer iemand 's nachts een huis binnen klom of binnensloop, dan wel de toegang forceerde tot een woonhuis. Daarnaast kon art. 328 op grond van art. 329 CP worden ingeroepen als iemand zich verdedigde tegen dieven of plundersaars die geweld gebruikten (*Sont compris dans les cas de nécessité actuelle de défense, les deux cas suivants : 1° Si l'homicide a été commis, si les blessures ont été faites, ou si les coups ont été portés en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendance ; 2° Si le fait a eu lieu en se défendant contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence.*). Zie ook Machielse 1986, p. 289 e.v.

³⁰⁷ 'Daar is noch misdaad, noch wanbedrijf, zoo wanneer de beklaagde ten tijde van het feit in staat van krankzinnigheid was, of wanneer hij door overmagt gedwongen werd.' Vertaling Bilderdijk.

van art. 64 CP echter uitgebreid tot *contraventions*, zoals blijkt uit onder andere een uitspraak van het *Cour de cassation* over een aantal kroegbazen en herbergiers uit Eupen.³⁰⁸ In deze uitspraak van 17 mei 1811 stond de vrijspraak van het *tribunal de police* centraal. Dit had de verdachten, veertien 'horeca ondernemers' (kroegbazen en herbergiers) vrijgesproken op grond van *force majeure* (overmacht). De verdachten werden vervolgd wegens overtreding van art. 1 en 2 van het *règlement de police* (het niet op de voorgeschreven tijd en wijze verlichten van de toegang tot de herberg).³⁰⁹ De uitspraak van het *tribunal de police* werd door het *Cour de cassation* vernietigd, omdat de verdachten kennelijk voor het *tribunal* geen feiten of omstandigheden hadden aangevoerd waaruit de overmacht zou blijken. Uit deze beslissing werd afgeleid dat het *Cour de cassation* kennelijk van oordeel was dat ook ter zake van *contraventions* een beroep op overmacht (*force majeure*) kon worden gedaan: anders had het *Cour de cassation* de uitspraak van het *tribunal* wel vernietigd vanwege het toepassen van een *excuse péremptoire* op een *contravention*, terwijl dit *excuse* op *contraventions* niet van toepassing was.³¹⁰

Door deze en soortgelijke uitspraken werd algemeen aanvaard dat de waanzin en de overmacht excepties waren die voor alle delicten golden.³¹¹ Deze uitbreiding lijkt niet in overeenstemming met de systematiek van de Code pénal waarin het vierde boek, over de *contraventions*, min of meer op zichzelf leek te staan.³¹² De uitbreiding van de reikwijdte van art. 64 CP tot *contraventions* sloot echter wel aan bij een opmerking van Fauré in de wetsgeschiedenis van de Code pénal over de gevolgen van waanzin en overmacht voor de aansprakelijkheid. In het *Exposé de motifs* verklaarde hij namelijk dat de regel dat bij krankzinnigheid of overmacht de

³⁰⁸ *Cour de cassation* 17 mei 1811, *Recueil général des loi set des arrêts*, 1843, p. 349. Het *Cour de cassation* werd destijds voorgezeten door Barris.

³⁰⁹ *Règlement de police* van de *prefet* van 3 april 1806 van het departement van Ourthe (genoemd naar de rivier de Ourthe, een zijtak van de Maas, die stroomt onder het huidige Luik).

³¹⁰ Het *Cour de cassation* overwoog: '[Q]ue les excuses que les prévenus ont alléguées, n'étant pas fondées sur aucun fait de force majeure qui les ait empêchés de se conformer strictement audit règlement (...)' *Cour de cassation* 17 mei 1811, *Recueil général des loi set des arrêts* 1843, p. 349.

³¹¹ Onder het arrest van 17 mei 1811 werd in een noot verwezen naar uitspraken van het *Cour de cassation* met dezelfde strekking van 4 oktober 1827, 15 december 1827 en 1 juli 1830.

³¹² De eerste drie boeken van de Code pénal bevatten de algemene bepalingen over de straffen en recidive (boek 1), uitbreiding en vermindering van aansprakelijkheid (boek 2) en de delictomschrijvingen van *crimes* en *délits* (boek 3). Al deze onderwerpen waren voor de *contraventions* in het vierde boek geregeld en het was in dat opzicht een wetboek binnen het wetboek. Dit blijkt niet alleen uit de eigen strafbepalingen voor *contraventions*, maar ook uit het feit dat deze bepalingen sinds 1965 een zelfstandig wetboek vormen en alleen de *crimes* en *délits* in de Code pénal zijn geregeld. Ook dat onderstreept de 'eigenheid' van deze categorie strafbare feiten.

verdachte of beschuldigde niet *coupable* kon worden verklaard, voor alle verdachten gold.³¹³

*‘Un autre règle commune à tous les prévenus (...) est qu’on ne peut déclarer coupable celui qui était en démence au temps de l’action, ou qui, malgré la plus vive résistance, n’a pu se dispenser de céder à la force.’*³¹⁴

In het licht van deze toelichting op de waanzin en de overmacht, was de uitbreiding van het bereik van de waanzin en de overmacht door het *Cour de cassation* minder verwonderlijk.

Daarnaast bevestigde bovengenoemd citaat dat het effect van waanzin of overmacht was dat de dader niet schuldig (*coupable*) was. Het ‘verdwijnen’ van de strafbaarheid was in de tekst van art. 64 CP tot uitdrukking gebracht door de formulering: ‘*Il n’y a ni crime ni délit...*’ (er is noch *crime* noch *délit*). Doordat zij de strafbaarheid ophieven, speelden de waanzin en de overmacht een beslissende rol bij het vaststellen van aansprakelijkheid. Als waanzin of overmacht werd aanvaard, kon de beschuldigde niet schuldig zijn.

De aanwezigheid van waanzin of overmacht raakte aan de schuld van de beschuldigde en gaf aanleiding tot verwarring over het moment waarop de jury over de aanwezigheid van waanzin of overmacht moest beslissen. De waanzin en de overmacht leken als *faits d’excuse* onderwerpen die bij de vraag naar de *excuses* ex art. 339 CIC aan de orde moesten komen. Maar het effect van waanzin of overmacht was veel verstrekkender dan het effect van *excuses atténuantes* omdat deze gronden aan het aannemen van schuld bij de beschuldigde in de weg stonden. Anders dan ‘gewone’ *faits d’excuse* beïnvloedden ze het antwoord op de *coupable*-vraag ex art. 337 CIC. Als de jury verklaarde dat een beschuldigde schuldig was én ten tijde van het plegen van het feit waanzinnig was geweest, waren dat strikt genomen tegenstrijdige verklaringen die de rechters voor een (interpretatie)probleem stelden.

Door de invloed die de waanzin en overmacht op de *coupable*-verklaring hadden, zijn deze gronden interessant in relatie tot de vraag op welke wijze de rechter – binnen de beperkte ruimte die de Code pénal hem liet – het schuldbeginsel, althans, de mate waarin de verdachte zijn strafbare gedraging kan worden verweten en de andere omstandigheden van het geval, een rol kon laten spelen bij het bepalen van (de omvang van) de aansprakelijkheid van een verdachte. Door de algemene gelding en verstrekkende consequenties van waanzin en overmacht voor de aansprakelijkheid

³¹³ Het is niet helemaal duidelijk of hij hier *prévenus* in algemene zin bedoelde, of alleen de daders van *délits* en *crimes*, aangezien de verdachte van een *contravention* in de CIC ook (maar niet altijd) werd aangeduid als ‘*la personne citée*’.

³¹⁴ Locré 1831, p. 264.

van een verdachte wordt de invloed van waanzin en overmacht hieronder verder verkend aan de hand van drie arresten van het *Cour de cassation*. Vervolgens zal in paragraaf 3.5.4 aandacht worden besteed aan de (latere) ontwikkelingen ten aanzien van de overmacht, waarover begin negentiende eeuw nog weinig jurisprudentie beschikbaar was.

3.5.3. De waanzin (*le démente*)

De waanzin die als *démence* werd bestempeld, was geen gewoon '*fait d'excuse*'.³¹⁵ Uit de wetsgeschiedenis van de Code pénal bleek dat de waanzin door de Franse wetgever als een *fait d'excuse* werd beschouwd. Tegelijkertijd was het effect van die waanzin dat aansprakelijkheid niet mogelijk was, omdat met de aanvaarding ervan de uitkomst van de *coupable*-vraag werd beslist.

Dit bracht de rechters van het *cour d'assises* in een lastige positie. Wanneer moest de waanzin aan de orde komen? In het kader van de *faits d'excuse* in de zin van art. 339 CIC? Of moest de waanzin worden beschouwd als onderdeel van de *coupable*-vraag ex art. 337 CIC? En zo dat laatste het geval was, betekende dat dan ook dat er, net als bij de *intention*, geen afzonderlijke vraag aan de jury mocht worden gesteld over de aanwezigheid van waanzin omdat dit tegenstrijdige juryverklaringen in de hand zou werken? Het *Cour de cassation* heeft ten aanzien van deze kwestie in een serie uitspraken een duidelijk standpunt ontwikkeld. Van deze uitspraken bespreek ik er hierna twee. De eerste uitspraak dateert van 26 oktober 1815 en betreft Pigeon.³¹⁶ Het tweede arrest is een uitspraak uit 1817 inzake Philippe.³¹⁷

In de uitspraak inzake Pigeon zette het *Cour de cassation* met heldere, principiële overwegingen een standpunt uiteen over de relatie tussen waanzin (*démence*) ex art. 64 CP en art. 65 CP. Het beroep op waanzin (*démence*) kwam volgens het *Cour de cassation* niet na de *coupable*-vraag aan de orde, maar lag in die vraag besloten. In dat opzicht was *démence* (waanzin) volgens het *Cour de cassation* geen *fait d'excuse* in de gebruikelijke zin van het woord was.³¹⁸ In deze zaak stond Pierre-François Pigeon terecht omdat hij werd beschuldigd van het houden van redevoeringen die opriepen tot een staatsgreep. Ondanks zijn uitdrukkelijk verzoek daartoe, had de voorzitter van het *cour d'assises* geweigerd om de jury apart te vragen of gebleken was

³¹⁵ Carnot & Drault 1825, p. 1-310.

³¹⁶ *Cour de cassation* 26 oktober 1815, *Journal des Audiences de la Cour de cassation, en matière civile et criminelle*, 1816, p. 345 (Pigeon).

³¹⁷ *Cour de cassation* 4 januari 1817, *Journal des Audiences de la Cour de cassation, en matière civile et criminelle*, 1817, p. 20-21 (Philippe).

³¹⁸ '*La démente ne présente pas une excuse proprement dite, puisqu'elle tend à faire disparaître tout idée de crime; elle rentre dans la question générale de culpabilité.*' *Cour de cassation* 17 januari 1817, *Bulletin des arrêts de de la Cour de cassation, en matière criminelle* 1817, p. 18 (Chaussepied).

dat Pigeon op het moment dat hij de redevoering hield in een staat van waanzin (*en démente*) had verkeerd. Kennelijk had de jury Pigeon schuldig (*coupable*) verklaard, want hij werd door het *cour d'assises* veroordeeld tot een verbanning van vijf jaar.

Pigeon stelde beroep in cassatie in en klaagde dat de jury niet expliciet was gevraagd of hij in een staat van waanzin (*'en démente'*) had verkeerd toen hij de redevoeringen hield.³¹⁹ Het *Cour de cassation* overwoog daarop eerst in algemene termen dat waanzin uitsloot dat de handeling bewust was gepleegd, dat wil zeggen, voortgekomen uit een bewuste beslissing van de vrije wil (*volonté*) van de dader. Handelingen die niet waren gebaseerd op een (normaal) gebruik van de wil, konden geen delicten opleveren:

'Attendu que la démente est exclusive de la volonté, et par conséquent du crime ou du délit, qui sans le concours de la volonté, ne sauraient exister;'

De vorm van waanzin (*démence*) waar het *Cour de cassation* op doelde, tastte het wilsvermogen van de dader zo sterk aan dat hij niet langer kon willen wat hij deed. De handelingen die onder invloed van deze waanzin werden uitgevoerd, konden daarom niet als strafbare feiten worden aangemerkt.

Wat betreft het cassatiemiddel van Pigeon dat de voorzitter van het *cour d'assises* een aparte vraag had moeten stellen over de door hem aangevoerde waanzin, oordeelde het *Cour de cassation* dat deze klacht geen steun vond in het recht.³²⁰ Een aparte vraag over de waanzin was niet nodig, omdat de vraag of de beschuldigde in een staat van waanzin had verkeerd (impliciet) besloten lag in de vraag of hij schuldig was. Waanzin stond daarbij alleen aan schuld in de weg als die waanzin zo groot was geweest dat de beschuldigde niet in staat was te willen wat hij deed. Alleen dan was er sprake van de waanzin als bedoeld in art. 64 CP. Elke minder vergaande vorm van waanzin was voor de *coupable*-vraag niet relevant. Dat betekent dat situatie waarin de dader, ondanks de waanzin nog enige invloed had op wat hij deed, niet binnen het bereik van art. 64 CP viel. In al die gevallen was het *fait d'excuse* dus niet van toepassing al kon de rechter in een minder vergaande vorm van waanzin wel

³¹⁹ Het cassatiemiddel was gebaseerd op art. 408, 2^e alinea CIC *'(...) que lorsqu'il aura été omis ou refusé de prononcer, soit sur une ou plusieurs demandes de l'accusé, (...) tendant à user d'une faculté ou d'un droit accordé par la loi, bien que la peine de nullité ne fût pas textuellement attachée à l'absence de la formalité dont l'exécution aura été demandée ou requise.'*

³²⁰ *'Attendu qu'en ne statuant pas sur la demande du conseil de l'accusé, tendant à ce qu'on posât la question relative à la démente, (...) parce que cette demande n'avait pas pour objet l'usage d'une faculté ou d'un droit accordé par la loi; que par la même raison, en refusant de poser cette question, le président n'a point empiété sur les attributions de la Cour d'assises; que d'ailleurs cette question se trouvait implicitement comprise dans la question principale, la réponse sur la culpabilité devenant présuppositive de la volonté, et par là même exclusive de la démente;'*

grond zien voor het reduceren van de straf, zij het dat deze niet lager kon zijn dan de minimumstraf.³²¹

Met deze beslissing over de positie van de waanzin ten opzichte van de vraag of een beschuldigde schuldig was, waren nog lang niet alle kwesties rondom de waanzin opgelost. De zaak Philippe is in dat opzicht interessant, omdat het *Cour de cassation* in dit arrest zijn standpunt uit het hiervoor besproken arrest in de zaak Pigeon verder uitwerkte. Anders dan in Pigeon was de jury in deze zaak wel expliciet gevraagd of de beschuldigde in een staat van waanzin had verkeerd. In dit arrest stond de interpretatie centraal van de juryverklaring dat de beschuldigde én schuldig (*coupable*) én waanzinnig (*en démente*) was geweest.

René-Charles-François Philippe werd vervolgd voor het om het leven brengen van zijn vrouw.³²² Aan de jury werden na de sluiting van het onderzoek ter zitting vier vragen gesteld:

1. René-Charles-François Philippe est-il coupable d'avoir, le 17 août dernier (1816), commis un homicide sur la personne de sa femme ?
2. Cet homicide a-t-il été commis volontairement?
3. Cet homicide a-t-il été commis avec préméditation?
4. Philippe était-il en démente le 17 août, et au moment où il a commis l'homicide sur la personne de sa femme?

De jury verklaarde daarop dat Philippe *coupable* was aan *homicide* (doding) van zijn vrouw.³²³ Ook bevestigde de jury dat de doding *volontairement* (bewust, opzettelijk) was geweest. Op de derde vraag, of dit met *préméditation* (voorbedachte rade) was gebeurd, luidde het antwoord ontkennend. Bij de laatste vraag verklaarde de jury dat zij van oordeel was dat Philippe in een staat van waanzin had verkeerd toen hij zijn vrouw doodde.

‘Responses du jury (...) sur la quatrième [question]; oui, Philippe était en démente le 17 août dernier, au moment etc.’

³²¹ En als de strafbare gedraging geen *crime* maar een *délit* betrof, kon de straf wegens verzachtende omstandigheden verder worden verlaagd (art. 463 CP). Zie ook hiervoor, noot 280.

³²² Cour de cassation 4 januari 1817, *Journal des Audiences de la Cour de cassation, en matière civile et criminelle* 1817, p. 20-21 (Philippe).

³²³ ‘Responses du jury: Sur la première question; oui, Philippe est coupable d'avoir, le 17 août dernier, commis un homicide sur la personne de sa femme;’ De Code pénal omschreef het begrip *homicide* niet, maar een idee van de betekenis van *homicide* geeft het gebruik van het begrip in art. 295 CP: ‘L’homicide commis volontairement est qualifié meurtre. (De opzettelijk gepleegde doodslag wordt gekwalificeerd als moord. Vertaling EHA vL)’

Naar aanleiding van deze verklaringen concludeerde de *procureur du Roi* (de Officier van Justitie) dat de jury moest worden teruggestuurd om opnieuw te beraadslagen, omdat de verklaringen tegenstrijdig waren. Enerzijds had de jury verklaard dat Philippe bij zijn volle verstand was geweest toen hij zijn vrouw doodde, aangezien zij hem *coupable* had verklaard aan het opzettelijk doden (*homicide volontaire*) van zijn vrouw. De laatste verklaring van de jury, dat Philippe op het moment van doden in een staat van waanzin verkeerde, was – strikt genomen – in tegenspraak met de verklaring dat hij zijn vrouw opzettelijk had gedood. De *procureur du Roi* stelde vervolgens met een verwijzing naar het hiervoor besproken arrest in de zaak Pigeon dat een beschuldigde die in een staat van waanzin verkeerde op dat moment niet beschikte over een vrije wil, dus niet opzettelijk kon handelen. De schuldigverklaring impliceerde echter dat Philippe op het moment van handelen wel de beschikking had gehad over een vrije wil en een gezond verstand.

*‘Pour prouver qu’une déclaration portant qu’un accusé est coupable d’avoir volontairement commis un crime, suppose nécessairement que cet accusé jouissait de tout son bon sens et raison, (...)’*³²⁴

Het *cour d’assises* sprak Philippe vrij, omdat het meende dat de juryverklaringen in hun geheel als een verklaring van onschuld (*non-culpabilité*) moesten worden gelezen.³²⁵

De *procureur du Roi* stelde een cassatiemiddel in, kennelijk kon hij zich niet vinden in de interpretatie van de juryverklaringen door het *cour d’assises*. Net als bij de arresten over de *culpabilité*, gaat het ook hier om de verhouding tussen de rechters en de jury en de wisselwerking tussen de vragen aan de jury en de verklaringen van de jury. Daarbij lijkt het erop dat de rechters, anders dan de *procureur du Roi*, zich meer lieten leiden door de bedoeling van de verklaringen gelezen in onderlinge samenhang, dan door de letterlijke bewoordingen van de afzonderlijke verklaringen.

Na enkele overwegingen te hebben gewijd aan de relevante juryverklaringen, in onderling verband beschouwd, wees het *Cour de cassation* het cassatiemiddel af. Volgens het *Cour de cassation* had de jury met zijn *coupable*-verklaring duidelijk niet meer bedoeld dan de puur feitelijke vaststelling dat Philippe de dader was geweest

³²⁴ ‘[Q]u’ainsi le jury avait reconnu que Philippe jouissait de tout son bon sens, lorsqu’il l’avait déclaré coupable d’un homicide volontaire, et que par conséquent il était tombé dans une contradiction manifeste, lorsqu’il avait déclaré ensuite que l’accusé était en démence. Pour prouver qu’une déclaration portant qu’un accusé est coupable d’avoir volontairement commis un crime, suppose nécessairement que cet accusé jouissait de tout son bon sens et raison, le procureur du Roi citait un arrêt de la Cour de cassation, du 26 octobre 1815.’

³²⁵ ‘[L]e président, croyant voir dans les réponses du jury une déclaration de non-culpabilité, a rendu une ordonnance d’acquiescement.’ Cour de cassation 4 januari 1817, *Journal des Audiences de la Cour de cassation, en matière civile et criminelle* 1817, p. 21 (Philippe).

van de doding (*homicide*). Dat de jury ook had verklaard dat hij dit opzettelijk had gedaan, deed niet af aan het bestaan van de waanzin, omdat de juryverklaringen in onderling verband bezien tot de conclusie leidden dat Philippe zijn vrouw in een staat van waanzin opzettelijk had gedood (*‘une volonté d’homme en démente’*). Die toestand had Philippe zodanig beïnvloed, dat zijn wil was gereduceerd tot een *‘volonté quasi animale’*. Als gevolg van art. 64 CP bracht deze staat van waanzin volgens het *Cour de cassation* in het geval van Philippe met zich mee dat alle schuld in juridische zin (*culpabilité légale*) ontbrak:

‘–Attendu 1.° que le jury ayant répondu à la quatrième question, que l’accusé Philippe était en démente au moment où il a homicide sa femme, il en résultait qu’il n’avait pas ni pu avoir cette volonté qui, supposant l’usage de la raison, est celle à laquelle seule le législateur a entendu attacher la culpabilité de l’auteur du fait matériel;’

–Attendu 2.° qu’en combinant cette réponse avec celles faites sur les questions précédentes, que « l’accusé était coupable d’avoir commis cet homicide et de l’avoir commis volontairement », il est évident que, loin d’avoir voulu exprimer qu’ils reconnaissaient en lui une culpabilité légale, les jurés n’ont entendu rien autre chose, sinon qu’il était matériellement et physiquement auteur du fait, mais qu’il n’y avait apporté qu’une volonté d’homme en démente; volonté quasi animale, qui, d’après l’article 64 du Code pénal, comme d’après les plus simples lumières de la raison, est nécessairement exclusive de toute culpabilité légale; d’où il suit que c’était le cas de l’acquiescement;’

Anders dan de *procureur du Roi* had betoogd, oordeelde het *Cour de cassation* dus dat uit de juryverklaringen duidelijk bleek dat de jury had verklaard dat bij Philippe schuld in de wettelijke zin (*culpabilité légale*) ontbrak. Met dit arrest en de herhaling van de overwegingen uit Pigeon lijkt het *Cour de cassation* een basis te hebben gelegd voor zijn standaardoverweging met betrekking tot de relatie tussen het bestaan van een vrije wil en waanzin en de gevolgen daarvan voor de (juridische) schuld:

*‘La démente n’est point un fait d’excuse, mais un fait exclusif de la volonté, et conséquemment de la culpabilité’*³²⁶

³²⁶ ‘De waanzin is geen excuserende omstandigheid, maar een omstandigheid die de wil uitsluit en dientengevolge de schuld.’ (vertaling EHA vL). Overweging van het *Cour de cassation* in de uitspraak van 4 januari 1817, *Journal des Audiences de la Cour de cassation, en matière civile et criminelle* 1817, p. 21 (Philippe). Zie ook Dalloz 1829, p. 300 en Carnot & Drault 1825, p. 1-321.

De waanzin was dus geen *fait d'excuse* in de gebruikelijke zin omdat de toestand van waanzin het (normaal) gebruik van de wil uitsloot. Een gedraging die voortkwam uit de waanzin in plaats van uit de wil van de dader, kon geen delict zijn omdat zijn (juridische) schuld, door het ontbreken van die wil, ontbrak.

3.5.4. De overmacht (*force majeure*)

De Franse rechtspraak erkende op basis van art. 64 CP naast de waanzin (*démence*) twee vormen van overmacht: '*contrainte physique*' (fysieke dwang) en '*contrainte morale*' (morele of psychische dwang).³²⁷

Bronkhorst stelde eerder dat de neiging van de Franse rechters tot rechtspositivisme en hun zeer objectieve benadering van de rechtszekerheid ertoe leidden dat de *contrainte morale* (psychische dwang) extreem beperkt werd opgevat.³²⁸ Die strenge benadering van psychische overmacht klinkt ook door bij Dalloz. Hij vond dat een morele druk nog zo zwaar op een dader kon drukken, maar dat er altijd enige aansprakelijkheid overbleef en dan was art. 64 CP niet van toepassing.³²⁹ De omstandigheden die psychische druk veroorzaakten, konden volgens hem niet alle aansprakelijkheid volledig doen verdwijnen. Anders dan aan fysieke dwang, kon er volgens hem altijd weerstand worden geboden aan morele dwang.³³⁰

Dalloz en Carnot bespraken allebei een arrest van het *Cour de cassation* waarin door een dienstmeid een beroep was gedaan op morele of psychische dwang. Zij beweerde dat zij tot de haar ten laste gelegde diefstal was gedwongen door haar bazin en dat zij uit eerbiedig ontzag (*la crainte révéntielle*) voor haar bazin deze opdracht

³²⁷ Bronkhorst 1952, p. 38.

³²⁸ Bronkhorst stelde in 1952 vast dat het Franse *Cour de cassation* 'nog steeds' 'met verbazingwekkende hardnekkigheid' vasthoudt aan het vereenzelvigen van overmacht met psychische dwang en daarmee aan een zeer letterlijke interpretatie van art. 64 CP, Bronkhorst 1952, p. 81. Inmiddels is de Code pénal in 1992 herzien en is naast een bepaling voor een vorm van psychische overmacht (art. 122-2: '*N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister.*') ook een bepaling voor een vorm van noodtoestand opgenomen (art. 122-7: '*N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.*'). Zie ook Elloit 2011, p. 211 en p. 223 e.v. en de wet van 22 juli 1992, nr. 92-683 over de herziening van de algemene bepalingen van de Code pénal.

³²⁹ Dalloz 1829, p. 301

³³⁰ '*Il peut y avoir sans doute une impulsion morale capable de porter à tel ou tel attentat, presque aussi puissamment qu'une violence physique, mais quand la loi l'a pensé, elle a regardé la violence morale comme une excuse: jamais elle n'y a vu une circonstance de nature à effacer complètement l'idée du crime, parce qu'il n'y a pas de violence morale à laquelle on puisse dire d'une manière absolue qu'il soit impossible de résister.*' Dalloz 1829, p. 301.

had uitgevoerd. Met het *Cour de cassation* waren de auteurs van mening dat dit ontzag geen grond opleverde voor overmacht in de zin van art. 64 CP.³³¹

Honger, kou en andere '*causes impulsives et invincibles, autre que la volonté de nuire à autrui, ou de s'enrichir à son préjudice*' zouden volgens Dalloz wel aanleiding moeten kunnen zijn voor overmacht. Hoewel de wet de honger niet als een grond voor *force majeure* aanmerkte, betoogde ook Carnot dat een arme sloeber die zichzelf het leven redde door een stuk brood te stelen wel degelijk door een *force majeure* tot zijn daad werd gedwongen. Dalloz meende dat iets soortgelijks betoogd zou kunnen worden voor delicten waartoe mensen werden gedreven door de kou.³³²

De eisen aan psychische overmacht waren in de rechtspraak echter streng. Dat blijkt uit de uitspraak in de zaak Ménard uit 1898. Mevrouw Ménard stal, door honger en armoede gedwongen, een brood om te voorkomen dat zijzelf en haar kind van de honger zouden omkomen. Het *tribunal correctionnel de Château-Thierry* waarvoor mevrouw Ménard vervolgd werd, overwoog dat deze omstandigheden geen (psychische) overmacht opleverden. De rechters zochten de oplossing in een andere richting en overwogen:

*'que la misère et la faim sont susceptibles d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre, d'amoindrir en lui, dans une certaine mesure, la notion du bien et du mal; qu'un acte ordinairement répréhensible perd beaucoup de son caractère frauduleux lorsque celui qui le commet n'agit que par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en œuvre notre constitution physique ; que l'intention frauduleuse est encore bien plus atténuée, lorsqu'aux tortures aiguës de la faim vient se joindre, comme dans l'espèce, le désir, si naturel chez une mère de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge.'*³³³

Mevrouw Ménard werd dus ontslagen van alle rechtsvervolging omdat zij als gevolg van de uitzonderlijke omstandigheden geen '*intention frauduleuse*' had gehad.³³⁴

³³¹ Carnot & Drault 1825, p. I-312. Volgens Carnot overwoog het *Cour de cassation* in een arrest van 8 november 1810: '*L'arrêt motivé, sur ce que l'obéissance que le serviteur doit à son maître, ne peut s'étendre à ce qui blesse l'ordre public.*' Idem Dalloz die daarbij verwijst naar een arrest van het *Cour de cassation* van 8 november 1811, waarin deze overweging wordt herhaald. Carnot & Drault 1825, p. I-311, Dalloz 1829, p. 301.

³³² Carnot & Drault 1825, p. 316. Met instemming aangehaald door Dalloz 1829, p. 301.

³³³ *Cour d'appel de Amiens* 22 april 1898, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public fondée par J.-B. Sirey* 1899, p. 1-2 (Ménard). Bronkhorst 1952, p. 55 ev. Zie ook Dolman 2006, p. 108-109.

³³⁴ *Cour d'appel de Amiens* 22 april 1898, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public fondée par J.-B. Sirey* 1899, p. 1-2 (Ménard). Bronkhorst

En zonder ‘*intention frauduleuse*’ kon de gedraging niet als ‘diefstal’ (vol) worden aangemerkt ook al was de beschuldiging voor het overige bewezen. In hoger beroep hield de uitspraak stand met enige afstand in de motivering.

‘*Considérant que le circonstances exceptionnelles de la cause ne permettent pas d'affirmer que l'intention frauduleuse ait existé au moment où la fille Ménard a commis l'acte qui lui est reproché, que le doute doit profiter à la prevenue. Sans adopter les motifs des premiers juges, Confirme les jugement dont il est fait appel.*’³³⁵

Zowel in eerste aanleg voor het *tribunal correctionnel de Château-Thierry* als in hoger beroep bij het *cour de Amiens*, werd Ménard dus ontslagen van alle rechtsvervolging. Terwijl het *tribunal correctionnel* had aangenomen dat de diefstal voortkwam uit zulke uitzonderlijke omstandigheden dat de *intention* om te stelen had ontbroken, overwoog het *cour de Amiens* dat de bijzondere omstandigheden van het geval ertoe leidden dat de *intention* niet kon worden vastgesteld. Beide rechters zochten het antwoord in het vereiste oogmerk en niet in de overmacht, wat in het licht van de feiten – vanuit hedendaags (Nederlands) perspectief – meer voor de hand zou hebben gelegen. Daarmee kan de zaak Ménard worden gezien als een illustratie van de beperkte ruimte voor overmacht in Frankrijk, aan het einde van de 19^e eeuw.³³⁶

4. De doctrine over de voorwaarden voor strafbaarheid

4.1. De structuur van het strafbare feit

Met de uitspraken inzake de betekenis van het begrip *coupable* en de arresten betreffende de *démence* gaf het *Cour de cassation* langs processuele weg langzaam richting aan een dogmatische inkadering van het strafbare feit. Behalve het *Cour de cassation* gingen ook verschillende auteurs de begrippen *culpabilité*, *moralité* en *volonté* met elkaar verbinden. In deze paragraaf zullen een paar van die auteurs de revue passeren, omdat zij in de eerste helft van de negentiende eeuw invloed hebben gehad op het (Franse) denken over de structuur van het strafbare feit. De meeste aandacht gaat daarbij uit naar Rossi (par. 4.2) die (als gezegd) een belangrijke dogmatische studie over het strafrecht schreef.

1952, p. 55 ev. Zie ook Dolman 2006, p. 108-109. Het verschil tussen deze ‘oplossing’ en de (theoretische) mogelijkheid dat overmacht was aanvaard, is dat het aanvaarden van overmacht tot een vrijspraak had moeten leiden.

³³⁵ *Cour d'appel de Amiens* 22 april 1898, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public fondée par J.-B. Sirey* 1899, p. 1-2 (Ménard). Bronkhorst 1952, p. 55 ev. Zie ook Dolman 2006, p. 108-109.

³³⁶ Bronkhorst 1952, p. 70-76.

4.1.1. Barris: *les éléments de l'infraction*

Barris, die van 1806 tot 1824 voorzitter was van de strafkamer van het *Cour de cassation*, beschreef de gedraging die door de strafwet verboden werd als een delict dat uit twee elementen bestond.³³⁷ In zijn voorstelling had het delict een objectieve kant, in de vorm van een feitelijke omschrijving van de handeling (of gebeurtenis), en een subjectieve kant, bestaande uit het bewustzijn (geestesgesteldheid, bedoeling) waarmee de handeling werd uitgevoerd:

*'Tout délit se compose de deux éléments: d'un fait qui en constitue la matérialité, et de l'intention qui a conduit à ce fait et en détermine la moralité.'*³³⁸

De feitelijke omschrijving van de gebeurtenis werd ook wel de *materialité* genoemd, terwijl de *moralité* werd bepaald door de *intention* (geestesgesteldheid). Barris' structuur van het delict, die dateerde van voor 1810, was invloedrijk. De elementen van het delict die hij onderscheidde werden herhaald tijdens de parlementaire behandeling van de Code pénal en door latere auteurs verder uitgewerkt.³³⁹ De opvatting dat een delict uit een feitencomplex en een geestesgesteldheid bestond, werd daardoor een algemeen geaccepteerd standpunt dat van belang werd geacht voor het Franse strafrecht, zowel voor als onder het regime van de Code pénal.³⁴⁰

In lijn met de structuur van het strafbare feit had het ontbreken van een feitencomplex dat de verdenking of beschuldiging ondersteunde, een vrijspraak of vernietiging van de vervolging (*annulation*) tot gevolg. Een strafbaar feit kon niet bewezen worden. Het ontbreken van *materialité*, in de vorm van (feitelijk) bewijs

³³⁷ Robert 1977, p. 271. Robert was hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht (met speciale aandacht voor het milieustrafrecht en de tenuitvoerlegging van straffen) aan de Universiteit Panthéon-Assas, een van de universiteiten in Parijs. In dit artikel uit 1977 bespreekt hij de geschiedenis van de elementen van het strafbare feit.

³³⁸ Merlin 1826, p. 388. 'Elk delict bestaat uit twee elementen: een handeling (of gebeurtenis) die de (stoffelijke) werkelijkheid (het feitencomplex) vormt, en het bewustzijn waarmee de handeling is uitgevoerd en die de morele waarde bepaalt.' (vertaling EHA vL). Volgens Robert baseert Merlin zich hier op de ongepubliceerde aantekeningen van Barris, zie Robert 1977, p. 271.

³³⁹ Locré 1831, p. 264 en 281. Onder andere door Molinier en Merlin hebben de steling van Barris verder uitgewerkt (zie voor een overzicht van de ontwikkeling van de doctrine Robert 1977, p. 269-284.)

³⁴⁰ Fauré zei, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Code pénal: 'Un autre règle commune à tous les prévenus, soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui était en démence au temps de l'action, ou qui, malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force. Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention : or dans les deux cas dont nous venons de parler, aucune intention criminelle ne peut avoir existé de la part des prévenus, puisque l'un ne jouissait pas de ses qualités morales, et qu'à l'égard de l'autre, la contrainte seule a dirigé l'emploi de ses forces physiques.' Locré 1831, p. 264.

van de gebeurtenis, had dus directe gevolgen voor de verdenking en de vervolging. De consequenties van het ontbreken van de *moralité*, de *intention*, waren minder helder.

Bij bepaalde delicten was de geestesgesteldheid in een specifieke vorm onderdeel van een delictsomschrijving. Voor doodslag werd bijvoorbeeld gespecificeerd dat de levensberoving (*homicide*) *volontairement* (opzettelijk) moest zijn gebeurd.

Art. 295 CP

*L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.*³⁴¹

Het merendeel van de strafbare feiten in de Code pénal had geen gespecificeerde vorm van opzet of een andere specifiek omschreven geestesgesteldheid in zijn delictsomschrijving. Toch werd algemeen aanvaard dat aansprakelijkheid op beide elementen was gebaseerd. Barris' structuur van het strafbare feit draagt bij aan dat beeld doordat die de indruk wekt dat ook bij strafbare feiten zonder gespecificeerde geestesgesteldheid in de delictsomschrijving de *intention* een even belangrijk bestanddeel van het strafbare feit vormde als de feitelijke gebeurtenis. Zowel de algemene bewoordingen van de door Barris voorgestelde structuur als de algemene acceptatie van die structuur ondersteunen dat beeld.³⁴²

Daarom lijkt het aannemelijk dat algemeen werd aanvaard dat ook bij delicten zonder gespecificeerde geestesgesteldheid in de delictsomschrijving een bepaalde geestesgesteldheid onderdeel van de voorwaarden voor aansprakelijkheid vormde. Dit resulteerde in onduidelijkheid over wat van dit 'element' *intention* verwacht mocht worden. Werde dit verondersteld aanwezig te zijn als er geen specifieke geestesgesteldheid omschreven was in een delictsomschrijving? En moest het ontbreken van die geestesgesteldheid tot vrijspraak leiden?

Barris' lijn van denken en het stelsel van de Code pénal sloten op elkaar aan: zijn uitgangspunt en dat van zijn navolgers was dat de normale, volwassen mens zich bewust was van wat hij deed en dus met *intention* handelde. Als dit 'normale' bewustzijn ontbrak, zoals het geval is bij een jong kind, leidde dat tot vrijspraak op grond van art. 66 CP.

Bij andere oorzaken van het ontbreken of niet volledig aanwezig zijn van het 'normale' bewustzijn, was Barris' structuur niet altijd bepalend voor aansprakelijkheid. Dit kwam doordat niet elke omstandigheid die het bewustzijn van de dader

³⁴¹ Er bestaat ook een *homicide involontairement*, zie art. 319 CP: '*Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs.*'

³⁴² Zie de opmerking van Fauré (hiervoor noot 338) tijdens de Parlementaire behandeling van de Code pénal en Robert 1977, p. 271 e.v.

beïnvloedde in de Code pénal was erkend als grond om de dader niet of veel minder zwaar te straffen. Voorbeelden van omstandigheden die de *intention* beïnvloedden, maar die niet expliciet in de Code pénal als *faits d'excuse* waren aangewezen, zijn dwaling en dronkenschap. Deze omstandigheden leidden niet tot strafvermindering als gevolg van art. 65 CP. Die bepaling verbood de rechter om rechtsgevolgen te verbinden aan feiten of omstandigheden die niet door de Code pénal als *faits d'excuse* werden erkend.³⁴³

4.1.2. Merlin

Merlin had een belangrijk aandeel gehad in het ontwerpen van de Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV (wet van 25 oktober 1795), een van de voorgangers van de Code pénal 1810. Bovendien was hij na 1801 als *procureur générale* verbonden aan het *Cour de cassation*. Zijn uitleg van de wettelijke bepalingen, gebundeld in het *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (het *Répertoire Merlin*), was van groot belang voor de ontwikkeling van de Franse rechtspraak.³⁴⁴ In het 15^e deel van het *Répertoire Merlin* (editie 1826) behandelde hij de *intention*. Daarin maakte hij een aantal kanttekeningen bij de structuur van het delict zoals Barris die had geschetst. Volgens hem bestond er geen delict tenzij er een criminele gedraging was en een strafbare geestesgesteldheid.

‘[E]n un mot, il n’y a délit que là où il y a un fait criminel et une intention coupable.’³⁴⁵

Niet als Barris meende Merlin dat de *intention* de *moralité* bepaalde. Hij voegde daaraan toe dat een mens onderscheidingsvermogen (*discernement*) nodig had om zijn wil te kunnen bepalen. Mensen zonder dit onderscheidingsvermogen waren niet in staat goed van kwaad te onderscheiden en konden daarom geen doordachte beslissing nemen. In dat geval konden ze volgens Merlin niet schuldig zijn. Merlin lichtte dit toe aan de hand van de casus van een gek die iemand een klap gaf, waardoor deze overleed. Hoewel de gek de klap opzettelijk gaf, was er volgens Merlin geen sprake van opzet. Aangezien de gek geen gevoel had voor goed en kwaad, had hij instinctief

³⁴³ Bronkhorst stelde in 1952 vast dat de strikte interpretatie van de Code pénal door de Franse rechters het stelsel van de *faits d'excuse* op slot zette waardoor er ook geen ruimte was voor de erkenning van overmacht-noodtoestand of avas. Vgl. Bronkhorst 1952, p. 37. De Franse wetgever heeft daar in 1992 verandering in gebracht door in de nieuwe Code pénal expliciete bepalingen voor noodtoestand en rechtsdwaling op te nemen. (art. 122-7 en 122-3 van de Code pénal 1992).

³⁴⁴ Van Hattum 2012, p. 232.

³⁴⁵ Merlin 1826, p. 389. Citaat ontdaan van hoofdletters (EHA_VL).

gehandeld. Hoe gruwelijk de daad ook was, de gek beging geen *crime* en mocht niet gestraft worden.³⁴⁶

De regel dat voor een delict altijd een feitelijke gebeurtenis en een (bepaalde) geestesgesteldheid vereist waren, gold volgens Merlin voor alle gevallen. Dit betekende volgens hem echter niet dat de rechter ook altijd de *intention* van de dader mocht of moest onderzoeken, omdat de geestesgesteldheid als gevolg van de feitelijke handeling (*fait matériel*) bij bepaalde delicten werd vermoed aanwezig te zijn en de dader op basis daarvan werd verondersteld schuldig (*coupable*) te zijn.³⁴⁷ Als voorbeeld van delicten waarbij een onderzoek naar de *intention* door een vermoeden was vervangen, noemde Merlin de *contraventions* zoals die voorkwamen in plaatselijke politieverordeningen, in reglementen aangaande medicijnen, chirurgie en farmacie en de douanewetten. Maar er waren ook andere delicten waar de feitelijke handeling het juridische vermoeden van een criminele bedoeling in zich droeg. In al die gevallen was de rechter verplicht om een straf uit te spreken als de feitelijke handeling die de kern van het delict vormde, vast stond.³⁴⁸ Merlin lichtte dit toe aan de hand van twee bedreigingsdelicten.³⁴⁹

De mondelinge bedreiging (*la menace verbale*) was in de Code pénal strafbaar gesteld in art. 305 jo. 307 CP. De schriftelijke bedreiging was strafbaar gesteld in art. 305 CP:

Art. 305 CP

Quiconque aura menacé, par écrit anonyme ou signé, d'assassinat, d'empoisonnement, ou de tout autre attentat contre les personnes, qui serait punissable de la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, ou de la déportation, sera puni de la peine des travaux forcés à temps, dans le cas où la menace, aurait été faite avec

³⁴⁶ 'Un fou frappe un coup qui donne la mort ; il a agi avec volonté ; mais cette volonté a été un instinct physique ; elle n'a pas été dirigée par le sentiment du bien et du mal ; ce fou a fait une action atroce ; mais il n'a pas commis un crime ; (...) mais l'autorité judiciaire n'a pas le droit de le punir.' Merlin 1826, p. 391.

³⁴⁷ 'Le principe que nous avons posé, qu'il ne peut y avoir de délit que là où il y a un fait criminel constaté et une Intention coupable reconnue, doit recevoir lui-même, quelque-fois, certaines modifications; et il est des cas où il n'est pas permis aux juges d'entrer dans l'examen de l'Intention et dans lesquels cette intention est de droit présumé coupable par la nature même du fait matériel.' Merlin 1826, p. 391.

³⁴⁸ Merlin 1826, p. 39

3: 'Il est, en effet, d'autres cas où le fait matériel emportant avec lui-même la présomption légale d'Intention criminelle, constitue par sa simple matérialité, le délit, et impose aux juges l'obligation d'en imposer la peine.'

³⁴⁹ Zijn voorbeelden waren gebaseerd op delicten uit de Revolutionaire (straf)wet van 25 frimaire an 8, maar voor de demonstratie van zijn gedachtengang maakt dit weinig verschil met de artikelen 305 en 307 van de Code pénal 1810.

ordre de déposer une somme d'argent dans un lieu indiqué ou de remplir toute autre condition.

Art. 307 CP

Si la menace faite avec ordre ou sous condition a été verbale, le coupable sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans, et d'une amende de vingt-cinq francs à trois cents francs.

De mondelinge bedreiging was dus strafbaar op basis van het enkele feit dat er een bedreiging was geuit. Merlin voegde daaraan toe dat er sprake was van een bedreiging als het dreigement bij degene tot wie de boodschap was gericht, angst had opgewekt. Of de bedreiger ook bereid was zijn dreigementen uit te voeren, deed er niet toe.³⁵⁰

In het tweede delict, de schriftelijke bedreiging, was de bedreiging een middel om een ander delict te vergemakkelijken. De bedreiging was het middel om de 'diefstal' (in de vorm van de gedwongen afgifte van enig goed) te realiseren. Het delict bestond dus door de aanmaning (eis tot afgifte).³⁵¹ Ook hier spraken de feiten voor zich, meende Merlin. Uit de schriftelijke bedreiging en eis tot afgifte bleek de bedoeling van de dader.³⁵² Merlins redenering lijkt te zijn dat onder bepaalde omstandigheden het eisen van afzonderlijk bewijs van de *intention* van de dader niets zou hebben toegevoegd aan de feiten. Het bewijs van de *intention* volgt uit het bewijs van de feiten en daarom kon met het bewijs van de feiten worden volstaan.

De bedreigingsdelicten waren niet de enige delicten waar een strafbare *intention* op basis van de feiten werd verondersteld. Ook bij de *contraventions* waren veel delicten te vinden waar een bepaalde vorm van bewust en doelgericht handelen in de delictsomschrijving besloten lag. Een voorbeeld hiervan was de gedraging strafbaar gesteld in art. 475 sub 5, het houden van een loterij of ander kansspel op straat of in een andere publieke ruimte.

Art. 475 sub 5 CP

Ceux qui auront établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux publics, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard;

Net als bij het schriftelijk bedreigen van iemand om hem tot iets te dwingen, kan ook een loterij niet tot stand komen zonder dat iemand de bedoeling heeft gehad

³⁵⁰ 'Le premier existe par la simple fait de la menace, il n'est pas permis aux tribunaux d'examiner si celui qui en est l'auteur, avait l'Intention de la mettre à execution : il suffit que la menace ait pu inspirer quelque crainte à celui à qui elle a été adressé.' Merlin 1826, p. 393.

³⁵¹ 'Le second délit, la menace d'incendie par écrit et avec sommation, se compose du vol qui en est la fin et de la menace d'incendie qui en est le moyen. Ce crime existe et son exécution commence avec la sommation même.' Merlin 1826, p. 393.

³⁵² 'Le fait en détermine l'Intention ; la matérialité en caractérise la moralité.' Merlin 1826, p. 393.

om een kansspel of loterij te organiseren. Zowel bij bedreiging als bij het houden van een loterij spreekt uit de feiten, handelingen en gebeurtenissen onmiskenbaar een bepaalde bedoeling. Vandaar dat Merlin van mening was dat de bedoeling of het bewustzijn van de dader op basis van de feiten kon worden verondersteld aanwezig te zijn.

Merlins theorie werd door Dalloz in algemene zin samengevat in de stelling dat bij delicten zonder *intention* in de delictsomschrijving een strafbare *intention* rechtens werd verondersteld aanwezig te zijn.³⁵³ Die veronderstelling was volgens Dalloz onaantastbaar, omdat bewijs van een andere bedoeling of van vergissing niet werd toegelaten. Idealiter zou de verdachte altijd bewijs van het ontbreken van een *intention criminelle* moeten kunnen leveren, aldus Dalloz.³⁵⁴

4.1.3. De *matérialité* als basis voor aansprakelijkheid

Net als Dalloz schreef Carnot in zijn commentaar op de Code pénal naar aanleiding van de *contraventions* dat zij strafbaar waren op basis van de *matérialité* alleen:

*‘Les contraventions de police deviennent punissables par la seule matérialité du fait et lors même qu’il serait constaté que le prévenu n’aurait agi dans une intention criminelle : sic jud. Le 8 novembre 1811; l’ignorance où le prévenu prétendrait avoir été du règlement dont il aurait violé la disposition, ne serait pas pour lui une excuse valable, s’il était d’ailleurs constant que le règlement aurait été rendu public dans une forme légale.’*³⁵⁵

Anders dan Dalloz baseerde Carnot zich echter niet op Merlin, maar op een uitspraak van het *Cour de cassation* van 8 november 1811. In deze zaak werden verschillende kooplieden vervolgd omdat zij maten en gewichten gebruikten in hun winkel die dat jaar (nog) niet waren geijkt. Dit was zichtbaar omdat het merkteken van het jaar 1811 op de maten ontbrak. Bovendien was de termijn waarin men maten en gewichten kon laten keuren en ijken, verstreken.

³⁵³ Dalloz 1829, p. 318. Dalloz was zowel advocaat als politicus en als zodanig lid van de *Assemblée Nationale*. (http://www.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche.asp?num_dept=17587 [check 12-4-2012]) Als advocaat was hij verbonden aan het *Cour de cassation*. Daarnaast begon hij de serie *Jurisprudence Générale du Royaume*, schreef verschillende boeken en legde, samen met zijn broer Armand, de basis voor de bekende juridische uitgeverij Dalloz.

³⁵⁴ ‘Nous croyons que ces deux sortes de délits rentrent dans la règle générale qui permet au prévenu de faire preuve du défaut d’intention criminelle, et c’est ainsi que le prévenu qui établirait que la prétendue menace n’était qu’une plaisanterie, et n’a pu être considérée autrement, devrait, sans aucun doute, être acquitté.’ Dalloz 1829, p. 318.

³⁵⁵ Carnot 1825, deel IV, p. 130.

Bij het *tribunal de police* stelden de kooplieden dat zij niet hadden geweten dat zij hun maten en gewichten hadden moeten laten keuren en ijken.

*'Le fait, fondement de la citation, était avoué par les prévenus, qui s'étaient bornés à alléguer l'ignorance où ils étaient que le terme fût arrivé de faire repoinçonner leurs mesures';*³⁵⁶

Het *tribunal de police* ontsloeg de kooplieden van rechtsvervolging, waarna de *commissaire de police* een verzoek tot cassatie deed. Het *Cour de cassation* onderzocht eerst of de verplichting tot het laten ijken van maten en gewichten naar behoren bekend was gemaakt en was aangeplakt. Vervolgens overwoog het *Cour de cassation*:

*'Attendu qu'il est constaté par procès-verbal, et reconnu dans la cause, que les marchands traduit au tribunal de police de Coblenz, avaient, pour l'usage de leur commerce, des mesures métriques ; mais qu'au mois d'août, ces mesures ne portaient pas encore la marque de 1811, quoique l'avis de faire apposer cette marque devant le 30 juin, eût été dûment publié et affiché dans le département ; qu'ainsi, la contravention des prévenus était manifeste, et qu'ils avaient été justement dénoncé à raison de cette contravention';*³⁵⁷

Het *Cour de cassation* vernietigde dus het ontslag van alle rechtsvervolging, omdat hij van oordeel was dat de kooplieden hadden moeten worden bestraft. Het enige argument daarvoor was dat de termijn voor het herijken van de maten was verstreken en de kooplieden door het voorhanden hebben van ongeijkte maten dus niet aan hun verplichting hadden voldaan. Het *Cour de cassation* concludeerde daarom: *'la contravention des prévenus était manifeste'*. Volgens het *Cour de cassation* waren de kooplieden terecht vervolgd voor deze overtreding en hadden ze niet ontslagen moeten worden van rechtsvervolging, maar had aan hen een straf (boete) moeten worden opgelegd.³⁵⁸

³⁵⁶ *Cour de cassation* 8 november 1811, *Bulletin des arrêts* 1811, p. 298. Wellicht ten overvloede zij nog opgemerkt dat de kooplieden zich kennelijk beriepen op onwetendheid, niet op overmacht.

³⁵⁷ *Cour de cassation*, 8 november 1811, *Bulletin des arrêts* 1811, p. 299.

³⁵⁸ De vaststelling dat de vervolging terecht was, heeft te maken met de mogelijkheid van de verdachte om bij een onterechte vervolging een vordering in te stellen wegens smaad tegen de vervolgende instantie.

4.2. Naar een *théorie du droit pénal*

4.2.1. Introductie Rossi en *Traité de droit pénal*

Pellegrino Rossi werd geboren in 1787 in Carrara, Italië, en studeerde aan de universiteiten van Pisa en Bologna.³⁵⁹ Vanaf 1812 was hij hoogleraar aan deze laatste universiteit op het gebied van het strafrecht en het civiele procesrecht. Ook was hij politiek actief; hij was een groot voorstander van de eenwording van Italië. Door zijn politieke activiteiten werd hij in 1815 gedwongen Italië te ontvluchten. Hij ging naar Genève waar hij Rechtsbeginselen van het Romeinse recht doceerde aan de universiteit aldaar. In deze periode schreef Rossi het boek '*Traité de droit pénal*', dat in 1829 verscheen.

Een paar jaar later verhuisde Rossi naar Parijs om bij het *Collège de France* prof. J.B. Say op te volgen als hoogleraar politieke economie. In 1834 werd hij benoemd tot hoogleraar staatsrecht aan de universiteit van Parijs en gekozen tot lid van de *Académie des sciences morales et politiques*. In 1845 ging Rossi als Fransman en in de hoedanigheid van Franse ambassadeur voor de Pauselijke staten terug naar Italië. Door de Italiaanse Revolutie van 1848 kon hij na zijn ambassadeurschap niet terugkeren naar Frankrijk. Rossi werd door Paus Pius IX benoemd tot minister van interne aangelegenheden. Op 15 november 1848 werd hij door politieke tegenstanders vermoord op de trappen van het Palazzo della Cancelleria in Rome.³⁶⁰

De grote verdienste van Rossi voor het recht ligt in zijn dogmatische behandeling van het strafrecht. Sinds het verschijnen van de Code d'Instruction criminelle en de Code pénal hadden veel auteurs zich bezig gehouden met het artikelsgewijs becommentariëren van die wetboeken. Deze traditie werd tot het einde van de negentiende eeuw voortgezet door onder andere Chauveau, Faustin-Hélie, Carnot en Rogron.³⁶¹ Rossi nam nadrukkelijk afstand van de artikelsgewijze bespreking van de strafwetboeken. In plaats van een aanvulling te geven op de Code pénal, schreef hij een zelfstandige inleiding (de *prolégomènes*) op de strafwetgeving.³⁶² Hij wilde niet

³⁵⁹ Er staat een standbeeld ter ere van hem in Carrara, op de Piazza Gramsci (Giardini). Zie ook de *Encyclopaedia Britannica, a dictionary of arts, sciences, literature and general information*, elfde editie, deel 23, New York 1910, p. 751 onder "Rossi, Pellegrino Luigi Edoardo" online: (<http://www.archive.org/stream/encyclopaediabri23chisrich#page/751/mode/1up>)

³⁶⁰ *Encyclopaedia Britannica* (vindplaats zie vorige noot), p. 751. Er is een tombe voor Rossi in de San-Lorenzo-in-Damaso kerk, aan de Piazza della Cancelleria te Rome. Na '*Traité de droit pénal*', schreeft Rossi '*Cours d'économie politique*' (volgens de *Britannica* zijn belangrijkste boek), '*Cours de droit constitutionnel*' en '*Mélanges d'économie politique, d'histoire et de philosophie*'.

³⁶¹ Robert 1977, p. 273.

³⁶² 'Le travail que nous publions aujourd'hui ne renferme, pour ainsi dire, que les prolégomènes d'un ouvrage qui embrasserait tous les détails de la législation pénale.' Rossi 1829, p. I. De benaming *prolégomènes* (NL: prolegomena, voorwerk, preambule, inleiding) wordt doorgaans

geassocieerd worden met de zogenoemde ‘exegetische methode’ en nam uitdrukkelijk de principes die de basis van het strafrecht behoorden te zijn tot uitgangspunt. Van deze principes leidde hij het strafrecht af zoals het –volgens hem– zou moeten zijn.³⁶³

De wijze waarop Rossi het strafrecht behandelde heeft zowel binnen als buiten Frankrijk grote invloed op de strafrechtswetenschap gehad. Rossi werd gezien als grondlegger van de eerste verenigingstheorie. Zijn leer van de *justice sociale* (de maatschappelijke gerechtigheid) werd volgens Van Hamel door veel Franse, Belgische en Italiaanse schrijvers gehuldigd. Een belangrijke bijdrage van Rossi aan de grondslagen van het strafrecht was het inzicht dat een straf niet verder mocht gaan dan voor het doel van de straf noodzakelijk en nuttig was.³⁶⁴ Pompe noemde de *Traité de droit pénal* een baanbrekend werk voor de neo-klassieke richting in de strafrechtstheorie. Rossi voegde aan het strafrecht een nieuwe dimensie toe, waarin rekening werd gehouden met de persoonlijke en maatschappelijke omstandigheden van het feit. Hierdoor verschoof het accent van de objectieve kant van de strafbare gedraging naar het subjectieve element.³⁶⁵ Rossi's benadering van het strafrecht heeft in de loop van de negentiende eeuw van verschillende schrijvers, onder wie de Nederlander Van Deinse, navolging gekregen.³⁶⁶

Het belang van Rossi voor het strafrecht is vooral gelegen in zijn boek ‘*Traité de droit pénal*’ van 1829. Hij introduceerde in dat boek de maatschappelijke gerechtigheid als basis voor de uitoefening van het *droit de punir* (recht om te straffen). Die maatschappelijke gerechtigheid kon volgens hem (alleen) worden bereikt door het handhaven van de morele én maatschappelijke orde, dus door bij bestraffing rekening te houden met beide dimensies.³⁶⁷

‘[L]a répression soit utile au but de la société.’³⁶⁸

De uitoefening van het recht om te straffen moest volgens Rossi daarom worden beperkt tot de gevallen waarin bestraffing inderdaad bijdroeg aan het realiseren van

gebruikt voor een lang, losstaand voorwoord bij een ander boek waarin doorgaans de begrippen, van belang voor het begrip van de in het andere boek behandelde materie, worden uitgelegd.

³⁶³ Rossi 1829, p. I.

³⁶⁴ Vgl. Van Hamel & Van Dijk 1927, p. 42.

³⁶⁵ Remmelink 1996, p. 906-907, Pompe 1956, p. 234.

³⁶⁶ ‘Rossi eut une influence sensible et l’on trouve a travers le XIXe siècle plusieurs ouvrages comparables au sien,’ Robert 1977, p. 273. Robert noemt als auteurs die Rossi's benadering overnemen ondermeer Rauter, Boitard en Bertauld. Van Hamel & Van Dijk voegden aan dit rijtje ook de Belgische hoogleraar (en leermeester van Van Deinse) J.J. Haus, toe, voorzitter van de commissie die het Belgische wetboek van strafrecht heeft ontworpen. Van Hamel 1927, p. 42.

³⁶⁷ Rossi 1829, p. 186.

³⁶⁸ Rossi 1829, p. 187.

maatschappelijke gerechtigheid. Hieruit volgde dat de uitoefening van het recht om te straffen was begrensd door het algemeen belang. Daar waar bestraffing niet in het algemeen belang was, bestond het recht om te straffen niet, of niet langer.³⁶⁹

*‘[Le droit de punir] doit s’arrêter là où l’intérêt générale ne demande rien.’*³⁷⁰

Rossi meende dat bestraffing nutteloos was als de samenleving daar niet bij gebaat was. Het recht om te straffen kon daarom niet onder alle omstandigheden worden uitgeoefend. Straffen was geen doel op zich, maar diende het algemene belang door de morele en maatschappelijke orde die was verstoord door het delict, te herstellen.³⁷¹ De straf moest bijdragen aan het herstellen van de maatschappelijke en morele orde. Daarom stelde Rossi dat de straf qua zwaarte de schuld van de dader en de ernst van het delict ‘met geen atoom’ mocht overschrijden, zodat het verstoorde evenwicht werd hersteld in plaats van opnieuw verstoord.³⁷² Vandaar dat Rossi betoogde dat met het recht om te straffen voorzichtig moest worden omgegaan, omdat uitoefening ervan in bepaalde gevallen de samenleving meer kwaad dan goed kon doen.³⁷³ De uitoefening van het recht om te straffen moest – in de context van het strafrecht en de handhaving van delicten – opgedragen worden aan de *justice humaine* (menselijke justitie³⁷⁴) die moest proberen deze taak op een rechtvaardige manier te vervullen:

*‘[L]a justice, si elle mérite réellement ce nom, ne doit punir que des coupables, dans la mesure, tout au plus, de leur délit, (...).’*³⁷⁵

Het recht om te straffen mocht dus niet zonder aanleiding tegen willekeurige personen worden uitgeoefend. Alleen het straffen van schuldigen naar aanleiding van delicten kon gerechtvaardigd worden.³⁷⁶

Rossi definieerde het delict als een handelen of nalaten in strijd met een (ver) plicht(ing) (vastgelegd in de strafwet) waardoor schade (aan de samenleving en de morele orde) was ontstaan.³⁷⁷ Deze definitie lijkt weinig gemeen te hebben met de

³⁶⁹ Rossi 1829, p. 189.

³⁷⁰ Rossi 1829, p. 189.

³⁷¹ Rossi 1829, p. 187.

³⁷² *‘Mais quelle peine? Dès qu’on dépasse d’une atome le mal mérité, il n’y a justice: (...)’* Rossi 1829, p. 169.

³⁷³ Rossi 1829, p. 190. Rossi richtte zich hier in de eerste plaats tot de wetgever.

³⁷⁴ Rossi gebruikte de term ‘menselijke justitie’ om aan te geven dat het niet gaat om absolute rechtvaardigheid of een Goddelijke justitie.

³⁷⁵ Rossi 1829, p. 169.

³⁷⁶ Rossi 1829, p. 169.

³⁷⁷ *‘Le pouvoir sociale ne peut donc regarder comme délit que la violation d’un devoir envers la société ou les individus, exigible en soi et utile au maintien de l’ordre politique, d’un devoir dont*

eerder besproken *éléments du délit* van Barris. Lijkt, want schijn bedriegt. De kern van Rossi's definitie was de schending van een (ver)plicht(ing): '*violation d'un devoir*'. Volgens Rossi lagen de *materialité* en de *moralité* besloten in het delict, in het schenden van de (ver)plicht(ing). Het objectieve element, de *materialité*, bestond volgens hem uit het resultaat van het delict, in de vorm van de vaststelling dat een strafbepaling was geschonden. De *moralité* of het subjectieve element had volgens hem betrekking op het bewustzijn, de persoon van de dader en zijn gedachten bij de handeling die leidde tot het schenden van de wettelijke bepaling.³⁷⁸ Deze *moralité*, die hieronder verder wordt uitgewerkt, viel samen met de *imputabilité*, de toerekenbaarheid, en was de basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, aldus Rossi. Zo kwam zijn definitie uiteindelijk toch dicht in de buurt van die van Barris waarin de *materialité* en de *moralité* centraal stonden.

4.2.2. Schuld en toerekenbaarheid volgens Rossi

De basis voor het kunnen toerekenen van een gedraging werd, volgens Rossi, gevormd door het vermogen tot het dragen van verantwoordelijkheid. Als dat vermogen bij de dader ontbrak, was het zinloos om na te gaan of een verdachte schuld had ten aanzien van een concrete gedraging. Om verantwoordelijkheid te kunnen dragen, moest een mens beschikken over een gezond verstand, voldoende intelligentie om de aard en de gevolgen van zijn handelen te kunnen overzien, een eigen wil en de vrijheid om die zelf te bepalen. Impliciet lag in deze voorwaarden besloten dat een dader volwassen moest zijn en moest beschikken over *discernement* (het vermogen onderscheid te maken tussen goed en kwaad). In abstracto kon iemand die in deze omstandigheden verkeerde en over deze eigenschappen beschikte, verantwoordelijk handelen, want hij was in staat tot het maken van een vrije keuze.

Daarmee was nog niet vastgesteld of een persoon ook verantwoordelijk was voor een concrete handeling. Rossi stelde dat iemands gedragingen, tot stand gekomen doordat de dader beschikte over de genoemde eigenschappen en de vrijheid om deze naar eigen inzicht te gebruiken, gebaseerd waren op de samenwerking tussen zijn wil en zijn verstand.

*'Pour qu'une action défendue soit punissable (...), c'est-à-dire produite par le concours de l'intelligence et de la libre volonté de l'agent.'*³⁷⁹

l'accomplissement ne peut être assuré que par la sanction pénale, et dont l'infraction peut être appréciée par la justice humaine. Telle est la définition du délit légal ; elle résulte de la théorie du droit de punir ; elle en est résumé.' Rossi 1829, p. 182-183.

³⁷⁸ Rossi 1829, p. 186.

³⁷⁹ Rossi 1829, p. 238.

Met andere woorden, de dader heeft geweten wat hij deed en wilde dat en dus heeft hij (doel)bewust gehandeld.³⁸⁰ Hiermee bedoelde Rossi dat de dader moest weten (*savoir*) wat de aard van de handeling was die hij wilde uitvoeren (en welke gevolgen deze had) én deze desondanks heeft willen (*vouloir*) verrichten.³⁸¹ Zelfs voor aansprakelijkheid ter zake van de lichtste strafbare feiten moest een gedraging op deze manier, met weten en willen, tot stand zijn gekomen.³⁸² De voorwaarden dat de dader in staat was tot het dragen van verantwoordelijkheid en wist en wilde wat hij deed, vormden in Rossi's theorie de basis (of het fundament) voor aansprakelijkheid, de drempelvoorwaarden voor aansprakelijkheid.

Deze drempel voor aansprakelijkheid werd door Rossi zeer strikt gehanteerd. Volgens hem was iemand *coupable* (schuldig) zolang zijn handelingen voortkwamen uit een eigen keuze. Dus ook iemand die onder druk van een naderend onheil en zonder andere mogelijkheid om zich aan dat onheil te onttrekken dan door een strafbaar feit te plegen, besloot om daar toe over te gaan, was schuldig. Want, zo schrijft Rossi:

*'Il a choisi le mal.'*³⁸³

Zolang een handeling voortkwam uit de wil van een dader die wist wat hij deed, was er sprake van een bewuste handeling die – in beginsel – toerekenbaar was. De drempel voor aansprakelijkheid was gepasseerd en *culpabilité élémentaire* was aanwezig. Rossi nuanceerde die strengheid door op de vaststelling van aansprakelijkheid te laten volgen dat onder dergelijke omstandigheden de dader ook niet méér schuld had dan de mate van schuld strikt noodzakelijk om hem verantwoordelijk te kunnen houden voor zijn gedrag. Als de dader andere, niet illegale manieren had gehad om zich aan het gevaar te onttrekken en toch voor het strafbare feit had gekozen, lag dat uiteraard anders.³⁸⁴

Een handeling kon dus alleen strafbaar zijn als de dader zich bewust was van wat hij deed en in vrijheid, dat wil zeggen niet gedwongen, tot deze daad kwam. Deze basisvoorwaarden vormden samen de *imputabilité proprement dite* (de eigenlijke toerekenbaarheid). Deze eigenlijke toerekenbaarheid was volgens Rossi de basis voor de vraag of een verdachte of beschuldigde '*coupable*' (schuldig) was. Vandaar ook

³⁸⁰ Rossi 1829, p. 237-238.

³⁸¹ 'C'est là l'imputabilité proprement dite. Mais, comme elle existe dès qu'il a eu concours de l'intelligence et de la volonté, comme elle consiste uniquement à savoir que l'acte qu'on va commettre est défendu, et à le vouloir cependant le commettre'. Rossi 1829, p. 243.

³⁸² Rossi 1829, p. 243

³⁸³ 'De même celui qui, pressé par un malheur imminent et sans autre moyen de s'y soustraire qu'un délit, se détermine à le commettre, est coupable. Il a choisi le mal.' Rossi 1829, p. 244.

³⁸⁴ Rossi 1829, p. 244.

dat hij het in dit kader had over de *culpabilité élémentaire* (elementaire schuld). De vraag *hoeveel* schuld iemand had (de bijzondere schuld of de *culpabilité spéciale*), was daarmee nog niet beantwoord.³⁸⁵

Voor het vaststellen van de omvang van de *culpabilité spéciale* waren de wijze waarop het feit tot stand was gekomen en de strafbare feiten die voor, tegelijk met of na het hoofdfeit waren gepleegd van belang.³⁸⁶ Rossi benadrukte dat de elementaire schuld op twee punten verschilde van de bijzondere schuld. In de eerste plaats was de elementaire schuld of toerekenbaarheid een bestaansvoorwaarde voor elk strafbaar feit, terwijl de bijzondere schuld alleen een essentiële voorwaarde was voor een bepaalde categorie strafbare feiten, met name *crimes*.³⁸⁷ Bovendien was de elementaire schuld aanwezig of niet, terwijl de bijzondere schuld gradaties kende.³⁸⁸ Terwijl met een verklaring over de *imputabilité proprement dite* (of elementaire schuld) werd beslist of de verdachte *coupable* (schuldig) was, behelsde een verklaring over de *culpabilité spéciale* een vaststelling van de mate van de *criminalité individuelle* (individuele misdadigheid), die van belang was voor de op te leggen straf.³⁸⁹

Hiervoor zagen we dat Merlin beweerde dat niet elke delictsomschrijving een expliciete *intention* (bewust handelen) hoefde te vermelden.³⁹⁰ Die *intention* bleek volgens hem in veel gevallen uit de feiten en het ontbreken van een expliciet gedefinieerde *intention* in de delictsomschrijving was dan ook niet in tegenspraak met de stelling dat aansprakelijkheid altijd op feiten en *intention* was gebaseerd.

De door Rossi onderscheiden voorwaarden voor schuld in concreto, namelijk het weten en willen van de handeling, sluiten aan op Merlins bewering dat de *intention* uit de feiten kon blijken. Als de dader schuldig kon zijn, met andere woorden, wist en wilde wat hij deed, dan bleek uit de feitelijke gebeurtenis de *intention* van de dader, aldus Merlin. Terwijl Rossi vanuit algemene voorwaarden voor verantwoordelijkheid

³⁸⁵ Rossi 1829, p. 245.

³⁸⁶ Rossi 1829, p. 246. 'C'est principalement sur le mode d'exécution et sur les crimes qui précèdent, accompagnent ou suivent le crime principal, qu'on doit fixer son attention, quand on veut reconnaître s'il y a eu culpabilité spéciale dans l'acte imputé.'

³⁸⁷ Rossi 1829, p. 246-247.

³⁸⁸ 'Dans la culpabilité spéciale, il y a des degrés: rigoureusement parlant, il n'y en a point dans l'imputabilité proprement dite. Il y a eu ou il n'y a eu concours de l'intelligence et de la liberté, conscience de l'acte et volonté. Il n'y a là ni plus ni moins.' Rossi 1829, p. 247.

³⁸⁹ Rossi 1829, p. 247.

³⁹⁰ 'Le principe que nous avons posé, qu'il ne peut y avoir de délit que là où il y a un fait criminel constaté et une Intention coupable reconnue, doit recevoir lui-même, quelque-fois, certaines modifications; et il est des cas où il n'est pas permis aux juges d'entrer dans l'examen de l'Intentionet dans lesquels cette intention est de droit présumé coupable par la nature même du fait matériel.' Merlin 1826, p. 391.

beredeneerde welke specifieke, op het concrete geval toegespitste (innerlijke) omstandigheden noodzakelijk waren voor aansprakelijkheid, begon Merlin juist bij het eindresultaat van de *intention*: de zichtbare handeling.³⁹¹

4.2.3. Nadere uitwerking

Na het schetsen van de schuld in zijn elementaire en bijzondere vorm, besprak Rossi verschillende omstandigheden die zijn vooronderstellingen over de 'normale' dader die bewust een delict pleegde, doorkruisten. Hij maakte daarbij onderscheid tussen omstandigheden die het handelen rechtvaardigen (*justifier*) en omstandigheden die aanleiding waren voor het verlagen van de wettelijke straf, omdat de gedraging verontschuldikbaar (*excusable*) was.

'Est justifié celui, qui, en commettant une action en apparence criminelle, se trouve cependant dans un état personnel d'exception tel, que la moralité intrinsèque de l'acte se trouve supprimée dans les cas particulier.

*Nous appelons excusable celui dont l'état exceptionnel au moment de son action était de nature à lui mériter un adoucissement de la peine ordinaire, même une exemption complète de peine légale.'*³⁹²

Hoe deze omstandigheden zich verhielden tot de elementaire en bijzondere schuld, zoals hiervoor geschetst, liet Rossi in het midden. Desondanks vormt zijn bespreking van deze omstandigheden een interessante aanvulling op zijn ideeën over de basis voor aansprakelijkheid, omdat ze de concrete invulling van de schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid verduidelijken. Rossi stelde daarbij voorop: *'Il n'y a pas délit en soi; (...).'*³⁹³ Een delict staat volgens Rossi niet op zichzelf, omdat het antwoord op de vraag óf sprake is van een delict, mede wordt bepaald door de omstandigheden waaronder de gedraging is begaan.

Zoals gezegd, onderscheidde Rossi twee soorten omstandigheden die de schuld en daarom ook de straf beïnvloeden, namelijk omstandigheden die het handelen rechtvaardigen en omstandigheden die dat handelen verontschuldigen. Rossi besprak de omstandigheden die handelen kunnen rechtvaardigen of verontschuldigen aan de hand van drie onderwerpen: de '*légitimité intrinsèque de l'acte*', de '*causes d'ignorance et d'erreur*' en de '*contrainte*'.

De '*légitimité intrinsèque de l'acte*' de intrinsieke legitimiteit van de handeling, rechtvaardigt bijvoorbeeld het geweld dat iemand gebruikt om zich te verdedigen tegen een gewapende overvaller in het kader van een *légitime défense* (gerechtvaardigde

³⁹¹ *'Le fait en détermine l'intention (...).'* Merlin 1826, p. 393.

³⁹² Rossi 1829, p. 247.

³⁹³ Rossi 1829, p. 248.

verdediging; noodweer) en het geweld dat een soldaat gebruikt om een opstand te onderdrukken op (het bevoegd gegeven) bevel van een (bevoegde) superieur.³⁹⁴

De '*causes d'ignorance et d'erreur*', de oorzaken van onwetendheid en vergissing, betreffen vaak vormen van dwaling. Deze oorzaken *d'ignorance et d'erreur* werden door Rossi onderverdeeld in oorzaken voor *ignorance* en *erreur* die *involontaire* zijn en oorzaken voor *ignorance* en *erreur* die *volontaire* zijn. De *involontaire* oorzaken zijn de leeftijd, het geslacht en de '*état de maladie*' (toestand van (geestes)ziekte) van de dader).³⁹⁵ De dader heeft geen invloed op het bestaan van deze oorzaken, vandaar dat Rossi ze als '*involontaire*' aanmerkte. De dader kan van deze oorzaak, als die de bron was van zijn staat van onwetendheid of vergissing, geen verwijt worden gemaakt. Het kan hem niet kwalijk worden genomen dat hij zo was, aldus Rossi:

*'Dans le premier cas, l'ignorance et l'erreur étant involontaires, on ne saurait les reprocher à l'homme, ni pour mettre à sa charge les faits qui en sont résultés, ni pour le rendre responsable de la cause de ces faits, de son état d'ignorance ou d'erreur.'*³⁹⁶

Hoewel Rossi meende dat iemand vanwege zijn leeftijd, geslacht of (geestes)ziekte geen verwijt kon worden gemaakt, betekende een jonge leeftijd niet automatisch

³⁹⁴ Voorbeelden van situaties waarin de handeling gerechtvaardigd was op grond van de intrinsieke legitimiteit van de handeling waren: de reiziger die een gewapende aanvaller van zich afslaat, de soldaat die op bevel van zijn superieur een opstand onderdrukt en de chirurg wiens patiënt sterft tijdens een gevaarlijke operatie, Rossi 1829, p. 249. Met name het bevoegd gegeven bevel van een bevoegde autoriteit, de daaraan ten grondslag liggende veronderstelling van autoriteit en de eigen verantwoordelijkheid van de soldaat, behandelde Rossi uitgebreid, zie Rossi 1829, p. 249-256.

³⁹⁵ De '*état de maladie*' (staat van (geestes)ziekte). Hieronder vielen allerlei vormen van geestesziekten die de intellectuele vermogens aantasten, zoals *démence*, *manie*, *fureur*, *imbécillité* en *idiotisme*. Dit begrip omvatte echter meer dan alleen de geesteszieken, want in zijn benadering verkeerden ook slaapwandelaars en doofstommen in een '*état de maladie*' (zie Rossi 1829, p. 280-281). Deze toestand doorbrak volgens Rossi de '*présomption d'imputabilité*' (het vermoeden van toerekenbaarheid), met andere woorden: het vermoeden dat de dader een normale persoon was, die voor zijn gedragingen verantwoordelijk kon worden gehouden. Waar het om ging, was volgens Rossi of de dader het besef van goed en kwaad had en zich daardoor kon laten leiden. Want ook iemand '*en état de démence*' (in een staat van waanzin), kon opzettelijk handelen, maar het toerekenen van die gedraging was zinloos in de ogen van de maatschappelijke gerechtigheid: '*Les actes commis en état de démence n'est sont pas moins des actes voulus, commencés et exécutés sans moralité. Cela suffit; il n'y a point d'imputabilité aux yeux de la justice humaine.*' (Rossi 1829, p. 278). Rossi hechtte dus grote waarde aan de *moralité* als richtsnoer om te beslissen of iemand verantwoordelijk kon worden gehouden voor zijn gedrag. Die vraag moest in elk individueel geval opnieuw worden beantwoord door rechters en juryleden. Zie Rossi 1829, p. 269-282.

³⁹⁶ Rossi 1829, p. 258.

dat iemand niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor wat hij had gedaan.³⁹⁷ Daarbij wees hij op de regeling van art. 66 CP, die het kind dat jonger was dan zestien jaar, maar waarvan bewezen werd dat het met *discernement* had gehandeld, verantwoordelijk hield voor zijn daden.³⁹⁸

³⁹⁷ Zo was het geslacht van de dader in beginsel geen obstakel voor aansprakelijkheid; wel was het een omstandigheid die in sommige landen leidde tot een verzachting van de straf. Ook de Code pénal kende een bepaling die de dwangarbeid voor vrouwen en kinderen minder zwaar maakte ten opzichte van de dwangarbeid voor mannen (vgl. art. 15 en 16 CP; voor mannen betekende dwangarbeid vastgeketend buiten zwaar werk doen, terwijl vrouwen en kinderen in de gevangenis werkten). Hoewel Rossi meende dat de wet niet met twee maten kon meten, was hij van mening dat vrouwen eerder verontschuldigd moesten worden, omdat zij minder goed in staat waren de (im)morele waarde van hun handeling te onderkennen en daarom eerder bereid waren tot het begaan van een delict: '*Il est, à la vérité, des crimes plus excusables dans une femme que dans un homme. Il est aussi des contraventions de police dont une femme, plus probablement qu'un homme a pu méconnaître l'immoralité et l'importance.*' (Rossi 1829, p. 269). Dit gebrek aan gevoel voor goed en kwaad kon vrouwen volgens Rossi niet kwalijk worden genomen, maar hij pleitte nadrukkelijk niet voor een standaard strafvermindering voor vrouwen op grond van hun sekse. Hij meende dat de rechter per individueel geval de feiten moest beoordelen. Rossi 1829, p. 268-269.

³⁹⁸ Zoals uit art. 66 CP bleek, gold wel een aangepast strafregime voor kinderen jonger dan 16 jaar. Als een kind jonger was dan zestien jaar, werd het vermoed '*irresponsable*' (niet in staat tot het dragen van verantwoordelijkheid) te zijn, behoudens tegenbewijs. Uitgangspunt was dat de intellectuele vermogens en het vermogen onderscheid te maken tussen goed en kwaad (*discernement*) bij een kind dat jonger was dan zestien jaar nog onvoldoende ontwikkeld waren. Bij een kind ouder dan zestien jaar werd verondersteld dat het die vermogens al wel voldoende had ontwikkeld om verantwoordelijkheid te kunnen dragen voor zijn handelen, behoudens tegenbewijs. Rossi onderstreepte dat de (geestelijke) ontwikkeling van elk kind anders was. Op grond van de wet mocht weliswaar verondersteld worden dat een kind dat ouder was dan zestien jaar verantwoordelijk kon worden gehouden voor zijn handelen, maar elk individueel geval moest op zichzelf worden beoordeeld: '*Encore une fois, l'activité du discernement à l'âge de seize ans n'est et ne peut être que présumée par le législateur: encore une fois, le jugement d'imputabilité est absolument individuel et abandonné à la conscience du juré.*' (Rossi 1829, p. 264). De beslissing over het vermogen van het kind om verantwoordelijkheid te dragen, bepaalde de '*imputabilité*' (toerekenbaarheid). Als een kind zonder *discernement* had gehandeld, was dat een '*motif de justification*', was de gedraging niet toerekenbaar en werd het kind vrijgesproken. Als een jeugdige dader met *discernement* had gehandeld, dan was de leeftijd geen obstakel voor de toerekenbaarheid, maar wel een '*motif d'excuse*' en matigde de wet daarom de op te leggen straf (art. 66 CP). Ook voor de bejaarde dader wiens intellectuele vermogens door zijn hoge leeftijd zijn afgenomen, kende de Code pénal een regeling voor verzachting van de straf. Rossi meende echter dat de leeftijd *an sich* niet genoeg was om als '*motif d'excuse*' te kunnen worden beschouwd, het vermoeden van schuld (*présomption de culpabilité*) bleef tenzij werd aangetoond dat de grijsaard had gehandeld '*en état de véritable imbécillité*' (Rossi 1829, p. 268). De strafvermindering wegens hoge leeftijd was volgens Rossi niet gebaseerd op een vermindering van de schuld van de dader, want daar was volgens hem doorgaans geen sprake van. De oorzaken waardoor de jeugdige dader impulsief kon handelen (zoals jeugdige onbezonnenheid), waren op bejaarden niet van toepassing, volgens Rossi: '*Le vieillard qui commet un crime a de plus à sa charge les habitudes morales qu'il a dû prendre,*

Daarnaast onderscheidde Rossi verschillende oorzaken voor *ignorance* en *erreur* die ‘*volontaire*’ waren, omstandigheden dus waarin de wil van de dader wel een rol speelde. Rossi noemde dronkenschap, nalatigheid en het meegesleept worden door hevige emoties (*actes commis par emportement*). Anders dan de *involontaire* oorzaken, stond de dwaling die het gevolg was van één van deze oorzaken, volgens hem doorgaans niet aan de toerekenbaarheid van de gedraging in de weg, omdat de dader zichzelf in deze toestand van *ignorance* of *erreur* had gebracht:

*‘L’ignorance et l’erreur sont imputables à l’agent, soit lorsqu’il s’est placé dans un état propre à porter le trouble et la perturbation dans ses facultés intellectuelles, soit lorsqu’il a négligé d’acquérir les connaissances nécessaires pour éviter le mal dont il a été l’auteur.’*³⁹⁹

De dader had onwetendheid of vergissing dus over zichzelf afgeroepen door zich in een situatie te begeven waarin zijn intellectuele vermogens werden vertroebeld of doordat hij had nagelaten de noodzakelijke kennis te vergaren.⁴⁰⁰ De omstandigheden waaronder de dader tot zijn daad kwam, bijvoorbeeld bij provocatie, konden zijn handelen daarom niet rechtvaardigen, maar wel aanleiding zijn voor een verlaging van de straf.⁴⁰¹

In dit kader besteedde Rossi ook aandacht aan de dwaling met betrekking tot de feiten en met betrekking tot het recht. Hij onderstreepte dat onbekendheid met het recht (absoluut) niet kon verontschuldigen.⁴⁰² De dwaling met betrekking tot de feiten

l’ammortissement des passions de la jeunesse, enfin l’absence de plusieurs causes impulsives au délit.’ (Rossi 1829, p. 268). De verzachting van de straf kwam volgens hem voort uit de overweging dat bepaalde straffen te zwaar waren voor iemand op hoge leeftijd.

³⁹⁹ Rossi 1829, p. 283.

⁴⁰⁰ Voor de implicaties van dronkenschap, zie Rossi 1829 p. 284-288; voor die van hevige emoties, zie Rossi 1829, p. 288-293; voor die van nalatigheid, zie Rossi 1829, p. 293-298. Wat betreft de nalatigheid specificerde Rossi een onder- en een bovengrens: ‘*En parcourant la série des actes de négligence, on arrive d’un côté au minimum de la faute, à l’acte que nous ne pouvons presque plus distinguer du cas fortuit, de l’autre, au maximum de la négligence, à l’acte avec conscience, non précisément du mal déterminé qui a eu lieu, mais de la probabilité d’un mal en général.*’ (Rossi 1829, p. 293). Om de mate van nalatigheid te bepalen, moesten volgens Rossi de volgende aspecten worden overwogen: de persoon van de dader, het moment, de uitvoering en de aard van de handeling. Vanwege de grote variëteit van schuld, pleitte Rossi voor een ruime strafbepaling, die de rechter veel speelruimte liet bij de toepassing van de straf.

⁴⁰¹ ‘*Sans doute la colère ne justifie point les actions humaines : sans doute l’atténuation morale dérivant de la colère varie selon les circonstances. (...) Non-seulement il n’y a pas eu réflexion de la part de l’agent, mais l’aperception du mal elle-même n’a pu être claire ni distincte.*’ Rossi p. 291

⁴⁰² Rossi 1829, p. 295. Wat betreft de onbekendheid met het recht, benadrukte Rossi dat dit niet kon verontschuldigen, omdat de ‘*responsabilité morale de l’homme*’ verder gaat dan dat. De eigenaar van een boot die veiligheidsvoorschriften niet naleefde, waardoor een passagier overleed, was volgens Rossi weliswaar niet schuldig aan ‘*homicide volontairement*’, maar wel

was echter een categorie apart. Naast de *ignorance en erreur involontaire en volontaire*, onderscheidde Rossi namelijk een tussencategorie, de '*causes d'ignorance ou d'erreur accidentelles passagères*', de onwetendheid of dwaling van tijdelijke en voorbijgaande aard.⁴⁰³ Iemand die dwaalt, hoeft niet over een abnormale geest(esgesteldheid) te beschikken of aan een gebrek aan onderscheidend vermogen te lijden. Evenmin is noodzakelijk dat hem werd belet of verhinderd om vrij te bepalen wat hij wilde doen. In principe zou degene die dwaalt schuldig kunnen zijn, ware het niet dat iemand die dwaalt, niet wéét dat hij dwaalt. De kern van het probleem met dwaling is dat de dader die dwaalt ten aanzien van de feiten, een ander beeld van de werkelijkheid heeft dan realiteit is.⁴⁰⁴

Uitgaande van de door Rossi onderscheiden voorwaarden voor aansprakelijkheid, de elementaire schuld en de bijzondere schuld, lijkt de dwaling in beginsel niet aan aansprakelijkheid in de weg te staan. Door de dwaling kon de dader misschien niet goed bepalen wat hij moest doen, maar hij was in het algemeen wel in staat tot weten en willen. Dat doet er echter niet aan af dat zelfs de meest vooruitziende en wijze mens zich kan vergissen of iets over het hoofd zien en zo, per ongeluk, een delict kon begaan.⁴⁰⁵ Rossi meende dat een gedraging die onder dergelijke omstandigheden tot stand kwam, niet toerekenbaar was:

*'Le mal commis par ignorance ou par erreur nullement imputables, n'est ni prévu ni volontaire. Il n'y a pas délit. C'est que ce nous appelons un malheur, un accident, un cas fortuit.'*⁴⁰⁶

Bij feitelijke dwaling zonder nalatigheid heeft de dader het delict noch voorzien, noch gewild en is het daarom ook niet aan hem toe te rekenen (*imputable*). Hoewel Rossi in eerste instantie de meest vooruitziende en wijze mens (*l'homme plus clairvoyant et le plus sage*) tot uitgangspunt nam, besloot hij met de conclusie dat als de dader heeft gedwaald onder omstandigheden waaronder elk redelijk en voorzichtig mens

'coupable d'infraction volontaire aux règlements; il en est coupable, lors même que cette omission n'aurait occasionné aucun accident, mais quant à l'homicide, la négligence seule lui est imputable. L'acte délibéré et voulu est l'omission ; l'homicide est une conséquence plus ou moins imputable, selon que l'accident était plus ou moins probable ; mais il n'y a pas eu intention directe de le commettre. L'observation de la loi peut donc être à la fois un délit sui generis et un acte révélateur de la négligence de l'agent, relativement à un autre fait.' Rossi 1829, p. 297-298.

⁴⁰³ Rossi 1829, p. 282-283.

⁴⁰⁴ Rossi 1829, p. 248.

⁴⁰⁵ Rossi 1829, p. 282: *'l'homme plus clairvoyant et le plus sage peut tomber dans l'erreur au sujet d'un fait particulier, ou ignorer les circonstances qui auraient dû le détourner de l'acte qu'il vient accomplir.'*

⁴⁰⁶ Rossi 1829, p. 282.

zou hebben gedwaald, het uit die onwetendheid of vergissing voortkomende delict de dader niet kan worden toegerekend en hem dus ook niet kan worden verweten:

*‘L’ignorance et l’erreur ne sont pas imputable, lorsque tout homme raisonnable et prudent aurait pu, dans les mêmes circonstances être dans l’ignorance et tomber dans la même erreur.’*⁴⁰⁷

Rossi sluit dwaling dus niet helemaal uit als reden voor straffeloosheid. Hij stelde weliswaar hoge eisen aan de zorgvuldigheid, maar meende ook dat als iemand zo zorgvuldig was geweest als een redelijk en voorzichtig mens, bestraffing niet in het belang van de samenleving was. Met andere woorden, volgens Rossi ontbrak onder die omstandigheden het recht om te straffen.⁴⁰⁸

Het derde onderwerp dat Rossi in het kader van de gronden voor rechtvaardiging of verontschuldiging van een handeling behandelde, was de ‘*contrainte*’ (dwang). Met de absolute overmacht, de ‘*contrainte proprement dite*’, is hij snel klaar, omdat de handeling in dat geval ‘*involontaire*’ was en daarom niet toerekenbaar (*imputable*):

*‘[L]orsqu’un homme, en cédant à une force physique irrésistible, exécute une action qu’il n’aurait point faite s’il eut été libre d’agir ou de ne pas agir.’*⁴⁰⁹

Naast deze zeldzame en onwaarschijnlijke vorm van fysieke dwang, erkende Rossi ook een tweede vorm van dwang: de ‘*contrainte morale*’ (psychische dwang). Met deze psychische of morele dwang lijkt Rossi te doelen op een soort situatie die doet denken aan een noodtoestand: een situatie die de dader dwingt te kiezen tussen twee kwaden:

‘On est en état de contrainte morale lorsqu’on se trouve placé entre deux maux immédiats, de manière que l’un ou l’autre soit impossible à éviter. Celui qui, dans cette position, prend le parti de commettre l’acte défendu n’agit pas involontairement; à la vérité le jeu de sa liberté n’est point arrêté, mais la faculté de choisir est resserrée dans des bornes très étroites. Il ne peut pas s’abstenir, dans ce sens qu’il ne peut pas

⁴⁰⁷ Rossi 1829, p. 283.

⁴⁰⁸ Rossi 1829, p. 555. Rossi achtte daarbij van belang of de dader 1) werkelijk in onwetendheid had verkeerd of zich werkelijk had vergist met betrekking tot het feit of essentiële omstandigheden en 2) deze onwetendheid of vergissing hem niet was toe te rekenen (*non imputable*). (*‘La seule question à examiner dans chaque cas spécial est de savoir 1) si effectivement il y avait ignorance ou erreur sur le fait ou sur des circonstances essentielles, 2) si cette erreur ou cette ignorance sont ou non imputable à l’agent.’*)

⁴⁰⁹ Rossi 1829, p. 298.

*s'empêcher de prendre l'un ou l'autre des deux seuls partis qui lui restent: souffrir un mal immédiat, ou nuire à autrui.*⁴¹⁰

Hoe die keuze gewaardeerd moest worden, en welke consequenties daaraan verbonden zouden moeten worden, kon niet in het algemeen worden bepaald, zo schreef Rossi.⁴¹¹ Van belang daarbij was onder andere tussen welke kwaden hij moest kiezen (*'juste, injuste, ou sans moralité aucune, de force majeur'*) en wat de verhouding tussen de betrokken belangen was.⁴¹² Hoewel hij geen algemene oplossing voor de *contrainte morale* had, stelde hij dat er, in geval van direct levensgevaar en instinct tot lijfsbehoud, sprake zou kunnen zijn van een excuse:

*'En un mot, l'acte ne peut être excusable que lorsque l'agent cède à l'instinct de sa propre conservation, lorsqu'il se trouve en présence d'un péril imminent, lorsqu'il s'agit de la vie. (...) Il n'est ni accusé ni justifié: on le plaint, on l'excuse, on l'exempte de toute peine.'*⁴¹³

Ter illustratie schetste Rossi twee situaties. In het eerste geval zetten zeelieden, omdat het schip in een storm dreigt te vergaan, de lading overboord. In het tweede geval steelt een arme sloeber die dreigt om te komen van de honger een brood. In beide gevallen wordt er inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht van anderen, maar het verschil was, volgens Rossi, dat de zeelieden niet verkeren in een staat van psychische overmacht (*'en état de contrainte morale'*). Volgens Rossi was hun handelden gerechtvaardigd, naar ik aanneem omdat zij gedwongen werden te kiezen tussen vergaan met man en muis of proberen de schade te beperken door de lading overboord te zetten in de hoop zelf te overleven:

*'Ainsi les navigateurs ne sont pas en état de contrainte morale; leur action est légitime; ils ne font qu'exercer un droit. Leur acte est justifié par son innocence intrinsèque, nonobstant ses apparences criminelles (...).'*⁴¹⁴

Anders dan de zeelieden, verkeerde de arme sloeber op het moment dat hij het brood stal wel *'en état de contrainte morale'*. Stel dat hij alleen kon kiezen tussen het stelen van een brood of de hongerdood, dan zo stelde Rossi, zou de diefstal van het brood *excusable* zijn.⁴¹⁵ Rossi zag dus ruimte voor omstandigheden waaronder een

⁴¹⁰ Rossi 1829, p. 298.

⁴¹¹ Rossi 1829, p. 300.

⁴¹² Rossi 1829, p. 299.

⁴¹³ Rossi 1829, p. 300.

⁴¹⁴ Rossi 1829, p. 305.

⁴¹⁵ *'Le pauvre mourant de faim est en état de contrainte morale: dans l'hypothèse il ne peut choisir qu'entre le vol et la mort. Son action est illégitime, mais excusable.'* Rossi 1829, p. 305.

handeling die inbreuk maakte op rechten van anderen *justifié* (gerechtvaardigd) was. Daarnaast erkende hij een soort noodtoestand die reden kon zijn voor het verlagen en/of het tot nul reduceren van de straf, zoals in het geval van de arme sloeber die gedwongen was te kiezen tussen een (klein) strafbaar feit of zijn leven.⁴¹⁶

4.2.4. Schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het modelstrafrecht van Rossi

Rossi laat zien dat in een strafrechtelijk systeem waarin gerechtigheid centraal staat, niet elke overtreding van de strafwet kan worden bestraft. Hij stelt dat het recht om te straffen alleen bestaat als bestraffing bijdraagt aan het herstel van de morele en maatschappelijke orde. Vanuit dat perspectief kunnen delicten alleen worden bestraft voorzover ze zijn begaan door mensen die schuldig zijn. Van schuld is volgens Rossi pas sprake als iemand verantwoordelijk kan worden gehouden voor zijn gedrag.

Daarbij maakt Rossi onderscheid tussen de voorwaarden voor verantwoordelijkheid en de omvang van de schuld, in zijn model de elementaire en de bijzondere schuld, maakt inzichtelijk op elk onderdeel van de schuld een bepaalde omstandigheid 'inhaakt'. Door het vereiste van het in staat zijn tot het dragen van verantwoordelijkheid (de elementaire schuld) van de bijzondere schuld (de mate van schuld) te scheiden, kan hij verklaren waarom in bepaalde gevallen de aansprakelijkheid geheel ontbreekt en in andere gevallen de dader in beginsel wel aansprakelijk is, maar desondanks geen, of een lagere, straf zou moeten volgen.

Van de wettelijke gronden (de *faits d'excuse*) beredeneerde Rossi waarom zij een obstakel vormden voor het aannemen van aansprakelijkheid, danwel moesten leiden tot kwijtschelding of vermindering van de straf. Hij benaderde het strafrecht consequent vanuit het perspectief van de maatschappelijke gerechtigheid. Dit leidt tot

⁴¹⁶ Rossi concludeerde dat het *excuse* afhankelijk is van de omstandigheden: '*Si l'agent se trouve dans la nécessité de choisir entre deux maux, sans qu'il y ait eu faute de sa part, si le mal qu'il évite est très grand celui qu'il fait très léger, l'imputabilité morale sera très faible, (...)*.' Maar hij was, juist vanwege de verschillende omstandigheden die van zo grote invloed waren op de vraag of gedraging verontschuldigbaar was, kritisch over de wetgeving (ik neem aan: de Code penal) en de daaruit voortvloeiende beperking van de mogelijkheden om gronden voor verontschuldiging in aanmerking te nemen. Want op deze manier werd de indruk gewekt dat buiten de door de wet geregelde gevallen, een vermindering van de schuld niet mogelijk was. Vanwege dat strakke systeem adviseerde Rossi om de jury in overweging te geven of de dader, in het licht van de maatschappelijke gerechtigheid, niet als onschuldig kon worden beschouwd, als gevolg van de *contrainte morale*. Als de jury dat niet overwoog, raadde hij de rechter aan om de minimumstraf toe te passen: '*Le jury en doit tenir compte pour déclarer l'accusé non coupable, du moins aux yeux de la justice humaine, lorsque, par la contrainte morale, la culpabilité lui paraîtrait extrêmement faible. Quand l'excuse n'est pas de nature à empêcher la déclaration de culpabilité, c'est au juge d'examiner si ce n'est pas, du moins, le cas d'appliquer le minimum de la peine prescrite par la loi.*' Rossi 1829, p. 305-306.

de conclusie dat er, naast de wettelijke *faits d'excuse*, nog twee gronden onderscheiden zouden moeten worden die, weliswaar onder zeer strenge voorwaarden, van invloed op de aansprakelijkheid zouden moeten zijn. Deze twee omstandigheden zijn de feitelijke dwaling en een vorm van overmacht in een noodsituatie. Deze noodsituatie zou de dader hebben gedwongen tot een keuze voor lijfsbehoud. Dit moet volgens Rossi moeten kunnen leiden tot kwijtschelding of vermindering van de straf. Daarbij neemt Rossi steeds de maatschappelijke gerechtigheid als ijkpunt om te bepalen of de straf gerechtvaardigd is; alleen wanneer de straf bijdraagt aan die gerechtigheid, zou er een straf opgelegd moeten worden. Op basis van deze benadering komt Rossi tot de conclusie dat dus ook feitelijke dwaling van invloed zou moeten zijn op de aansprakelijkheid en straf, hoewel die niet in de Code pénal wordt genoemd.

5. Ter afsluiting: schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het Franse strafrecht en de doctrine

In het tweede hoofdstuk zagen wij in welke historische en maatschappelijke context de Franse wetboeken eind 18^e, begin 19^e eeuw tot stand kwamen. Belangrijk streven van de Franse codificatiebeweging was het realiseren van rechtsgelijkheid voor alle Franse burgers. In de Code pénal vertaalde zich dat in een beperkte beoordelingsruimte voor de rechter door de invoering van juryrechtspraak voor de *crimes*, de zwaarste categorie delicten. Ook de minimum- en maximumstraffen per delict en de keuze voor beperkte mogelijkheden tot het verminderen of kwijtschelden van de straf pasten in dat streven.

Bij de vervolging voor *crimes* bepaalde uiteindelijk een lekenjury of de verdachte *coupable* was en dus schuld had aan dat waarvan hij beschuldigd werd. Van invloed op de beslissing van de jury was niet alleen het bewijs, maar ook de wijze waarop de vraag over de *culpabilité* geformuleerd werd door de rechters. Als de bevestigende beantwoording van de vraag of de verdachte schuldig was alleen een feitelijke vaststelling van daderschap behelsde, kon de verdachte op die basis, vanwege het ontbreken van de vaststelling van *intention*, niet worden gestraft. Schuld in de zin van *culpabilité* ging dus om meer dan om de vaststelling van de feiten alleen.

Uit de doctrine en de jurisprudentie bleek dat de *excuses péremptoires*, de waanzin (*démence*) en – vermoedelijk ook – de overmacht (*force majeure*) aan het aannemen van schuld in de weg stonden. Bij de *excuses atténuantes* was dat niet het geval zoals het *Cour de cassation* in onder meer de zaak Pigeon benadrukte. De vraag of er sprake was van een grond voor vermindering van de straf kwam pas aan de orde nadat de schuld en daarmee de aansprakelijkheid van de verdachte was vastgesteld.

Daarnaast kwam het denken over de structuur van het strafbare feit in de loop van de negentiende eeuw op gang. De aanzet daartoe werd gegeven door Barris; die stelde dat het strafbare feit bestond uit twee elementen: de feiten (*fait/materialité*) en bewustzijn/bedoeling (*intention/moralité*). Andere auteurs, zoals Merlin, werken de verhouding tussen beide elementen verder uit. Merlin kwam tot de conclusie dat in bepaalde feiten(complexen) de bedoeling van de dader besloten lag, omdat die feiten zonder die bedoeling niet tot stand konden komen. Door de feiten te bewijzen, kon in dat geval ook de intention bewezen worden. Dalloz abstraheerde van de concrete voorbeelden waarop Merlins conclusies betrekking hadden en stelde dat voor bepaalde feiten, waaronder alle *contraventions*, de *materialité* voldoende was voor aansprakelijkheid.

Rossi ten slotte zette een volgende stap. Hij ontwikkelde een strafrechtelijke dogmatiek die betrekkelijk los stond van de wettekst. Kern van zijn theorie was de gedachte dat het vermogen tot het dragen van verantwoordelijkheid een voorwaarde was voor het schuldig kunnen zijn aan een strafbaar feit. Om de schuld van de dader in een concreet geval te kunnen vaststellen, was vereist dat de dader wist wat hij deed en dat wilde. Dit gold volgens Rossi voor alle delicten, zelfs voor de lichtste *contravention*. Naast de bestaande wettelijke gronden die aan aansprakelijkheid in de weg stonden, onderscheidde Rossi nog een grond die onder zeer strenge voorwaarden tot vrijpraak of vermindering van de straf zouden moeten leiden: de niet verwijtbare feitelijke dwaling. Rossi verhoogde dus de drempel voor aansprakelijkheid door niet alleen waanzin, overmacht en het ontbreken van *discernement* als obstakels voor het toerekenen van delicten te beschouwen, maar ook de niet verwijtbare feitelijke dwaling daaronder te brengen. Bestrafing van dergelijke gebeurtenissen zou de maatschappelijke gerechtigheid niet dienen. En in dat geval ontbrak volgens hem het recht om te straffen.

Voor Nederland was het Franse strafrecht op twee manieren van belang. In de eerste plaats was het de eerste strafrechtscodificatie die voor langere tijd in heel Nederland gold. Na het vertrek van de Fransen in 1813 bleef de Franse strafwet namelijk 'voorlopig' van kracht, bij gebrek aan een volwaardig alternatief. Hoewel Willem I onmiddellijk een aantal wijzigingen in het strafrecht doorvoerde door middel van een Souverein Besluit, bleven de Franse literatuur en jurisprudentie voor de negentiende-eeuwse strafrechtspraktijk in Nederland een ankerpunt. Toch ontstond er in de loop van de negentiende eeuw, zo laat het volgende hoofdstuk zien, een typisch Nederlandse strafrechtspraktijk waarin het schuldbeginzel in (steeds) ruimere mate werd verwezenlijkt.

HOOFDSTUK 4

Schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in de Nederlandse toepassing van de Code pénal na 1813

1. Inleiding

1.1. Plaatsbepaling en plan van aanpak

Door de annexatie van het koninkrijk Holland in 1810 werd in het huidige Nederland de Franse strafwetgeving ingevoerd; in 1810 de Code d'Instruction criminelle (CIC) en in 1811 de Code pénal (CP). Nadat Napoleon in 1813 was verslagen keerde de Nederlandse erfprins, de latere koning Willem I, terug naar Nederland. Hij besloot de Franse wetgeving voorlopig te handhaven.⁴¹⁷ Als gevolg van dat besluit bleef de Franse Code pénal, weliswaar in aangepaste vorm, tot 1886 in Nederland gelden. Doordat de Code pénal uiteindelijk van 1811 tot 1886 in Nederland van kracht was, bleef ook de Franse doctrine en jurisprudentie gedurende die periode voor het Nederlandse strafrecht van belang.⁴¹⁸ Als gevolg daarvan gingen in de loop van de negentiende eeuw onderdelen van de Franse dogmatiek deel uitmaken van de Nederlandse doctrine.⁴¹⁹

In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de stand van zaken in het Nederlandse strafrecht na 1813. In paragraaf 1.2 wordt kort stil gestaan bij de politieke ontwikkelingen in Nederland na 1813. De wijzigingen in de Franse strafwetgeving na het vertrek van de Fransen en de consequenties van de invoering van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering van 1838 voor de Nederlandse toepassing van de Code pénal worden in paragraaf 2 besproken. In paragraaf 3 komen vervolgens een aantal Nederlandse arresten aan de orde die een indruk geven van de toepassing van de Code pénal in de Nederlandse praktijk. Daarbij staat de toepassing van de algemene

⁴¹⁷ Souverein Besluit van 11 december 1813, Stb. 10.

⁴¹⁸ Bosch 2005, p. 293.

⁴¹⁹ Bosch 1957, p. 381-383.

excuses péremptoires centraal, met name waanzin, jeugdige leeftijd en overmacht. Daarnaast wordt aandacht besteed aan enkele arresten waarin aansprakelijkheid werd aangenomen, hoewel de verdachte zich beriep op een vorm van dwaling.

Net als bij de bespreking van het Franse strafrecht, wordt behalve aan wetgeving en jurisprudentie ook aandacht besteed aan de ontwikkeling van de Nederlandse dogmatiek. Veel strafrechtelijke auteurs hielden zich in eerste instantie nauwelijks bezig met het geldende strafrecht in Nederland. Zij richtten zich vooral op de ontwerpen voor een nieuw nationaal Wetboek van Strafrecht. Werken van verschillende Franse auteurs over het Franse strafrecht waren, soms in vertaalde vorm, ruimschoots voorhanden, waardoor Nederlandse auteurs zich niet geroepen voelden een behandeling van het geldende strafrecht te schrijven.⁴²⁰ Er verscheen slechts één Nederlandstalig handboek over het strafrecht, namelijk 'Algemeene beginselen van strafregt' van Van Deinse. Zijn opvattingen over aansprakelijkheid en schuld vormen het onderwerp van paragraaf 4. In paragraaf 5 wordt dit hoofdstuk afgesloten met een conclusie en samenvatting.

1.2. Historische achtergrond

Keizer Napoleon werd in 1813 verslagen en verbannen naar Elba. Daarna viel het Franse keizerrijk uiteen.⁴²¹ De Zuidelijke Nederlanden (het huidige België) kwamen tijdelijk onder Engels gezag, terwijl de Noordelijke Nederlanden (het huidige Nederland) hun onafhankelijkheid terug kregen.⁴²² In februari 1815 wist Napoleon evenwel te ontsnappen en begon hij, met steun van het Franse leger, een veldtocht om zijn keizerrijk in ere te herstellen. Zijn opmars eindigde bij Waterloo, waar hij deze keer definitief werd verslagen. Op het Congres van Wenen werd vervolgens besloten de Zuidelijke Nederlanden en de Noordelijke Nederlanden samen te voegen als buffer tussen Duitsland, Frankrijk en Engeland.⁴²³

Hoewel de Franse overheersing van de Nederlanden in 1813 in het Noorden voorbij was, bleven de Franse wetten van kracht 'bij provisie, en tot dat daaromtrent nader zal zijn voorzien'.⁴²⁴ Wel werden de Code pénal en de Code d'instruction criminelle aangepast zodat de toepassing van het strafrecht en het strafprocesrecht beter zou aansluiten bij de Nederlandse tradities. Na de Opstand van België en haar

⁴²⁰ Van Deinse 1852, p.54; Van Deinse 1860, p. 62 en Bosch 1957, p.352-355, p. 359-360.

⁴²¹ Palmer, Colton & Kramer 2007, p. 422-423.

⁴²² In Nederland werd op 2 december 1813 de erfprins als souverain vorst ingehuldigd te Amsterdam (koning Willem I). Zie Van Ruller 1987, p. 30 e.v. En zie uitgebreid over deze periode in de Nederlandse geschiedenis Colenbrander 1927, p. 281.

⁴²³ Colenbrander 1927, p. 281.

⁴²⁴ Souverein Besluit van 11 december 1813, Stb. 10. Zie ook Van Ruller 1987, p. 30 e.v. en 263 (bijlage 2).

afscheiding van Nederland in 1830, werd de Code d'instruction criminelle in 1838 vervangen door een nationaal Wetboek van Strafvordering, dat van kracht bleef tot het huidige Wetboek van Strafvordering in 1926 werd ingevoerd. De Code pénal bleef, in aangepaste vorm, gelden tot 1886, toen het Nederlandse Wetboek van Strafrecht in werking trad.

2. Nederlandse wijzigingen van de Franse strafwetten

2.1. Inleiding

Onmiddellijk nadat Nederland zijn onafhankelijkheid herkreeg, werden er commissies geformeerd die de opdracht kregen Nederlandse wetboeken te ontwerpen die de Franse wetgeving zouden kunnen vervangen. Zij slaagden daar om verschillende redenen niet in.⁴²⁵ Eén van de oorzaken voor het mislukken van de pogingen om nieuwe wetboeken te ontwerpen, was de instabiele politieke situatie in de Nederlanden na de hereniging met België. Ook de grote onderlinge samenhang tussen de Franse wetten en de daarop afgestemde rechterlijke organisatie speelde een rol.⁴²⁶ Daarnaast droeg het ontbreken van Nederlandse alternatieven voor de Franse wetten daaraan bij: beide Nederlandse wetboeken van vóór de Franse overheersing, het Crimineel Wetboek van 1809 en het wetboek 'van regterlijke instellingen en regtspleging in het koninkrijk Holland', waren niet geschikt om de Code pénal en de Code d'instruction criminelle te vervangen.⁴²⁷ Het Crimineel Wetboek sloot niet aan op de andere Franse wetten, terwijl het wetboek dat het procesrecht moest regelen, nooit was ingevoerd.⁴²⁸

Er was dus eigenlijk geen alternatief voor de Code pénal dat aansloot bij de Nederlandse behoeften en cultuur en paste in het stelsel van de andere Franse wetgeving. Tegelijkertijd werd algemeen naar de afschaffing van 'die vreemde wetgeving' verlangd.⁴²⁹ Dat bleek ook uit de considerans van het Souverein Besluit van 11 december 1813:

'dat de Strafbepalingen, in het tot nog toe in vigueur zijnde Wetboek van het Strafrecht voorkomende, voor dit land ongeschikt, en alzoo geheel ondoelmatig zijn',⁴³⁰

⁴²⁵ De verschillende pogingen tot het ontwerpen van een wetboek van strafrecht in de periode 1815-1880 illustreren dit, zie onder andere Bosch 1965, p. 35-42.

⁴²⁶ Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 78-81.

⁴²⁷ Colenbrander 1927, p. 110.

⁴²⁸ De Bosch Kemper 1838, p. CXL, Van Hattum 2012, p. 303-304, 307.

⁴²⁹ Van Deinse 1860, p. vi.

⁴³⁰ Souverein Besluit van 11 december 1813, Stbl. 10.

Om de ‘ondoelmatigheid’ van de Franse wetgeving tegen te gaan, werd het straf(proces)recht door middel van dat Souverein Besluit zo goed mogelijk aan de Nederlandse rechtscultuur aangepast.⁴³¹ Voor de Code d’instruction criminelle (CIC) waren deze wijzigingen van relatief korte duur; in 1838 werd de CIC vervangen door een Nederlands Wetboek van Strafvordering. De Code pénal bleef echter tot 1886 van kracht. Naarmate de Code pénal langer in Nederland gold, werd deze op steeds meer terreinen gewijzigd en aangevuld.

2.2. Het Souverein Besluit van 11 december 1813

De beslissing om de Franse wetgeving voorlopig te handhaven werd voor het strafrecht uitgewerkt in het Souverein Besluit van 11 december 1813; het ‘Besluit houdende bepalingen ten aanzien van de Lijfstraffelijke Regts-oefening, in de Verenigde Nederlanden’ (hierna het Souverein Besluit, ook bekend als het ‘gesel- en worgbesluit’).⁴³² De belangrijkste bepalingen van het Souverein Besluit hadden betrekking op het strafstelsel, de mogelijkheden om een lagere straf op te leggen dan de Code pénal voorschreef en de afschaffing van de jury. Ook werd de regeling van de rechtsmiddelen aangepast.⁴³³

Het strafstelsel werd versimpeld: de dwangarbeid, de algemene verbeurdverklaring van goederen en de openbare tentoonstelling aan de kaak (*carcan*) werden afgeschaft.⁴³⁴ De doodstraf moest voortaan worden voltrokken door de strop, het zwaard of door wurging in plaats van door de guillotine.⁴³⁵ Daar waar de Code pénal levenslange dwangarbeid voorschreef, moest de rechter gaan veroordelen tot een ‘geseling met den strop om den hals, aan de galg vastgemaakt’, een brandmerk en de opsluiting van de veroordeelde in een rasp-, tucht- of werkhuis voor een periode van maximaal 20 jaar. Een andere mogelijkheid was dat de rechter de levenslange dwangarbeid verving door de straf ‘het zwaaijen met het zwaard over het hoofd’ op een schavot, gevolgd

⁴³¹ Zie onder meer Pols 1879, p. 46. en Van Ruller 1994, p. 76.

⁴³² Souverein Besluit van 11 december 1813, Stbl. 10. Een Souverein Besluit was geen wet, maar een besluit van de Souverein Vorst (zonder raadpleging van de volksvertegenwoordiging).

⁴³³ De mogelijkheid een einduitspraak door een hogere rechter te laten beoordelen werd tijdelijk beperkt tot één instantie. Daar waar hoger beroep mogelijk was, was cassatie uitgesloten. Alleen voor de arresten waarbij geen hoger beroep was toegestaan (zoals de uitspraken inzake *crimes*), bleef cassatie bij het Hoog Gerechtshof (voorheen het Keizerlijk gerechtshof, *cour impériale*) behouden in de vorm van appel loco cassatie. Zie Faber 1994, p. 41-52, met name p. 49, en heel kort Bosch 2011, p. 36-37. De Hoge Raad werd in 1838 geïnstalleerd, met de inwerkingtreding van het nationale Wetboek van Strafvordering.

⁴³⁴ Zie de artt. 2, 3, 5, 7, 9 en 11 Souverein Besluit van 11 december 1813, Stb. 10.

⁴³⁵ Art. 5 Souverein Besluit van 11 december 1813, Stb. 10. Aan de herinvoering van deze ‘traditioneel’ Nederlandse wijze om de doodstraf uit te voeren, dankte het Souverein Besluit de naam ‘gesel- en worgbesluit’, Bosch 2005, p. 290, zie ook Van Ruller 1987, p. 33.

door de opsluiting in een rasp-, tucht- of werkhuis voor maximaal 20 jaar.⁴³⁶ Ook de dwangarbeid voor bepaalde tijd moest worden vervangen door opsluiting in een rasp-, tucht- of werkhuis, maar deze opsluiting mocht niet langer dan vijftien jaar duren.⁴³⁷ De kaakstraf (*carcan*) werd vervangen door een geseling of 'te Pronkstelling' op een schavot. Volgens Pols leidden de wijzigingen van het strafstelsel ertoe dat in feite werd teruggekeerd naar de straffen van het Crimineel Wetboek van 1809.⁴³⁸ Met name het besluit om de doodstraf opnieuw te gaan uitvoeren door strop, zwaard of wurging en de herinvoering van het geselen pasten daarbij.⁴³⁹

Art. 12 van het Souverein Besluit van 11 december 1813 bood de rechter de mogelijkheid om de straffen te verzachten van delicten die bestraft werden met *confinement* (opsluiting).⁴⁴⁰ Het verlagen of verzachten van de straf was mogelijk vanwege de jeugdige leeftijd van de beschuldigde, verleiding of andere gunstige ('favorabele') omstandigheden:

Art. 12

De Regters zullen voortaan bevoegd zijn, om in misdaden van mindere aangelegenheid, of ook wanneer de misdadiger hetzij uit hoofde zijner jonge jaren, of wel wegens de verleiding van anderen tot het misdrijf, of om andere favorabele omstandigheden, eene aanmerkelijke mitigatie van straf mogt verdienen, als dan den tijd van *confinement* ook beneden de vijf jaren, zelfs zonder te Pronkstelling, te mogen bepalen, om daaromtrent handelende met de meest mogelijke omzigtigheid.

Uit de formulering van art. 12 blijkt dat verzachting van de straf mogelijk was voor delicten die werden bestraft met *confinement*. Daardoor was het niet mogelijk art. 12 toe te passen op *crimes* die werden bestraft met de doodstraf, zoals diefstal met strafverzwarende omstandigheden (art. 381 CP). Voor alle andere *crimes* kreeg de rechter evenwel op grond van art. 12 een grote vrijheid om bij 'favorabele' omstandigheden de straf aanmerkelijk te verzachten. Voor de *délits* had de Code

⁴³⁶ Art. 7 jo. 8 Souverein Besluit van 11 december 1813, Stb. 10.

⁴³⁷ Art. 11 Souverein Besluit van 11 december 1813, Stb. 10.

⁴³⁸ Pols 1879, p. 23.

⁴³⁹ Van Binsbergen 1950, p. 99-100.

⁴⁴⁰ *Confinement* was geen in de CP genoemde straf, maar een algemene aanduiding van verschillende vormen van opsluiting. Volgens Pols werd in de Nederlandse toepassing van de Code pénal de tuchthuisstraf zo uitgevoerd dat deze een geheel andere straf was dan de Franse *réclusion*. Daardoor was het verschil tussen *réclusion* en *emprisonnement* minimaal: het enige verschil was het aandeel dat de gevangene in de opbrengst van zijn arbeid werd toegekend. Pols 1879, p. 23-24 en 28. Het cellulaire stelsel werd in Nederland pas na 1850 voor het eerst toegepast. Zie Franke 1989, p. 51 e.v. Zie ook Van Deinse 1860, p. 458 e.v.

pénal al een soortgelijke regeling in art. 463 CP, op grond waarvan de straf bij verzachtende omstandigheden en als de schade minder dan 25 *francs* bedroeg, kon worden verlaagd tot die van *contraventions*.⁴⁴¹ Van deze route werd in Nederland veelvuldig gebruik gemaakt.⁴⁴²

Volgens Van Ruller werd in 1830 in twee op de drie zaken via art. 12 de straf verlaagd.⁴⁴³ Waar art. 12 niet kon worden toegepast, had de rechter weinig keuze: een doodstrafbedreiging was imperatief. Bij die delicten bood de CP geen ruimte voor het aanpassen van de straf, zoals wel mogelijk was bij delicten met een minimum- en een maximumstraf. De rechter moest dan kiezen tussen het veroordelen van een beschuldigde tot de doodstraf of een vrijspraak. Als hij voor deze keuze werd gesteld bij delicten van geringe ernst kwam de rechter daardoor vaak tot een vrijspraak.⁴⁴⁴

‘Vaak voelden degenen die deze functie [van rechter bij het provinciaal gerechtshof] wel hadden aanvaard zich dermate in verlegenheid gebracht, dat zij menigeen vrijspraken die zich schuldig had gemaakt aan een kapitaal (met de doodstraf bedreigd) delict.’⁴⁴⁵

Degenen die wel tot de doodstraf werden veroordeeld, konden een verzoek tot gratie indienen bij de koning. Volgens Van Ruller werden in die gevallen de verzachtende omstandigheden, waar de rechters geen rekening mee hadden kunnen houden, meegewogen in het kader van de gratieprocedure.⁴⁴⁶ Het gevolg hiervan was dat het aantal uitgevoerde doodstraffen na 1813 sterk terugliep.⁴⁴⁷

⁴⁴¹ Art. 463 CP luidt: ‘*Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n'excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l'amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police.*’ Zie ook hoofdstuk 2, par. 2.2.3.

⁴⁴² Van Ruller 1994, p. 75. Zie Van Deinse 1860, p. 495.

⁴⁴³ Van Ruller 1994, p. 75; Vgl. Pols 1879, p. 30: meer dan driekwart van de misdaden werd als wanbedrijf bestraft. Ook werd, volgens Pols, gemiddeld in 55 van de 100 correctionele zaken een lagere straf opgelegd dan de minimumstraf die de Code pénal voorschreef.

⁴⁴⁴ Overigens, de Code pénal kende 34 *crimes* die met de doodstraf werden bedreigd waaronder geweld tegen ambtenaren (art. 231 CP) en brandstichting (art. 434 CP). De bedreiging met de doodstraf was imperatief en bleef ook na de wet van 29 juni 1854 bestaan, al werd de doodstraf voor een aantal delicten vervangen door 25 jaar tuchthuisstraf. Pas in 1870 zou de doodstraf worden afgeschaft. Van Ruller 1987, p. 33-34.

⁴⁴⁵ Van Ruller 1994, p. 74.

⁴⁴⁶ Van Ruller 1987, p. 39.

⁴⁴⁷ Zie Van Deinse 1860, p. 433, (voor een indruk van het cijfermatig effect, zie het overzicht op p. 432-433, bijlage N). Zie ook Van Ruller 1987, p. 34-35 en p. 245 e.v.

Behalve voor het strafstelsel en de straftoemeting had het Souverein Besluit van 11 december 1813 ook consequenties voor de gang van zaken ter zitting bij de hoven van assisen (*cours d'assises*). In art. 16 van dat Souverein Besluit werd namelijk de jury afgeschaft. Dit betekende dat de problemen rond de (formulering van de) vragen aan de jury en de interpretatie van de verklaringen van de jury, zoals die zich in het Franse strafrecht voordeden, in Nederland na 1813 niet meer aan de orde waren. Door de afschaffing van de jury kwam ook ten aanzien van de *crimes* de bevoegdheid om over de feiten te oordelen bij de rechters te liggen.

Na het Souverein Besluit volgden nog veel meer Besluiten en wetten die de Code pénal wijzigden of aanvulden.⁴⁴⁸ Een wet die het strafstelsel minstens zo ingrijpend hervormde als het Souverein Besluit van 11 december 1813 (gesel- en worgbesluit), was de wet van 29 juni 1854 'houdende eenige veranderingen in de straffen op misdrijven gesteld'.⁴⁴⁹ Als gevolg van deze wet werd het Souverein Besluit afgeschaft, net als het brandmerken en de schavotstraffen.⁴⁵⁰ De straffen voor veel misdrijven (*crimes*) werden verlaagd, waardoor deze misdrijven voortaan bestraft werden als wanbedrijven (*délits*).⁴⁵¹ Als gevolg van deze verlaging van de straffen konden de straffen voor de delicten die nu wanbedrijven waren, op grond van art. 463 CP bij verzachtende omstandigheden worden verlaagd tot de straffen voor *contraventions*. Ook werd het aantal delicten dat met de doodstraf werd bestraft, verminderd. In art. 9 van de Wet van 29 juni 1854 werd de bevoegdheid van de rechter om de straf te verlagen bij verzachtende omstandigheden duidelijker geregeld en (opnieuw) aanzienlijk verruimd:

Art. 9

Wanneer de beschuldigde, hetzij uit hoofde zijner jonge jaren, hetzij wegens dwang, bevel, billijke vrees, verleiding, bekrompenheid van verstand, de geringheid of het vrijwillig herstel des nadeels door de misdaad toegebracht, of andere verzachtende omstandigheden eene aanmerkelijke vermindering van straf mogt verdienen, kunnen de tuchthuisstraf van vijf tot twintig jaren en deportatie door eene correctionele gevangenis van één jaar minstens, de gewone tuchthuisstraf van vijf tot tien jaren en verbanning door eene correctionele gevangenis van drie maanden minstens worden vervangen.

⁴⁴⁸ Voor een overzicht van de geldende strafwetgeving halverwege de negentiende eeuw, zie een kort overzicht Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 76-77 en uitgebreid Van Deinsse 1860, p. 208 e.v. met name van af p. 214.

⁴⁴⁹ Wet van 29 juni 1854, Stbl. 102.

⁴⁵⁰ Artt. 3, 4, 5 en 24 (afschaffing van de Souvereine Besluiten van 11 december 1813, Stb. 10; 9 september 1814, Stb. 35 en 20 januari 1815, Stb. 16) van de Wet van 29 juni 1854, Stb. 102.

⁴⁵¹ Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 76.

Deze correctionele gevangenisstraffen kunnen door de toepassing van art. 2 der wet van 28 juni 1851 (*Staatsblad* n°. 68), en art. 7 dezer wet, niet lager dan tot de helft afdalen.

In vergelijking met het Souverein Besluit van 11 december 1813 werden in art. 9 dus meer gronden voor verlaging van de straf expliciet omschreven. Toegevoegd werden onder andere de billijke vrees en het geringe nadeel dat door het delict was toegebracht. Daarnaast werd ook de algemene clause ‘verzachtende omstandigheden’ gehandhaafd. De rechter kreeg door de ruimere toepasbaarheid van deze bepalingen meer ruimte om bij de straftoemeting rekening te houden met de schuld van de verdachte. Ten opzichte van de situatie van vóór 1813, was er in Nederland na 1813 meer ruimte gemaakt voor een op het individu toegesneden strafrechtstoepassing waarin rekening kon worden gehouden met de omstandigheden van het geval en de schuld van de dader.

De impact van art. 12 van het Souverein Besluit van 11 december 1813 en art. 9 van de Wet van 29 juni 1854 was groot. Dat de rechter zoveel vrijheid werd gelaten, paste niet bij de insteek van de Code pénal, waarin controle van de rechter en bescherming tegen rechterlijke willekeur belangrijke elementen waren, maar wel bij de (Nederlandse) behoefte aan een toepassing van het strafrecht die in overeenstemming was met de Nederlandse rechtscultuur.

Hoewel geen van de hiervoor besproken wijzigingen de rol van schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid substantieel beïnvloedde, veranderde die rol wel. In de eerste plaats kreeg de rechter, door de afschaffing van de jury, de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de feiten. Daarnaast bood de verruiming van de mogelijkheden om de straf te verlagen, de rechter zoveel vrijheid dat hij doorgaans een straf op kon leggen die paste bij de persoon en de schuld van de verdachte.

2.3. Het Wetboek van Strafvordering 1838

De eerste ontwerpen voor een Nederlands Wetboek van Strafvordering bouwden voort op eerdere ontwerpen zoals de ‘Algemeene manier van procederen in civiele en crimineele zaaken’ (ook bekend als het Decreet 1799).⁴⁵² Zoals gezegd slaagden deze ontwerp-wetboeken om allerlei (politieke) redenen niet. Het ontwerp-Wetboek dat voornamelijk was gebaseerd op de Code d’instruction criminelle, leidde uiteindelijk tot het Wetboek van Strafvordering van 1828 dat op 1 oktober 1838 in werking trad.⁴⁵³ Gezien de basis van het ontwerp is het niet verwonderlijk dat dit Wetboek

⁴⁵² Zie Van Hattum 2012, p. 303-304.

⁴⁵³ De Bosch Kemper 1838, p. CXLII. Het wetboek was in 1836 al aangenomen, maar trad pas op 1 oktober 1838 in werking door het Koninklijk Besluit van 10 april 1838, Stb. 12.

van Strafvordering 1838 (hierna ook Sv 1838) wel werd gekarakteriseerd als een getrouwe kopie van de Franse Code d'instruction criminelle.⁴⁵⁴ Dat was het, zoals in het navolgende zal blijken, echter niet.

Hiervoor zagen we dat in de Code d'instruction criminelle de wijze waarop over feitelijke en juridische kwesties moest worden beslist in het *cour d'assises* nauwkeurig was voorgeschreven.⁴⁵⁵ De jury besloot over de feitelijke vragen, met name over de *culpabilité* (schuld) van de beschuldigde en over de aanwezigheid van verschonende of verzachtende omstandigheden (*faits d'excuse*). Daarna beoordeelden de rechters of de door de jury vastgestelde feiten onder een strafbepaling vielen, of de vastgestelde verschonende of verzachtende omstandigheden een *fait d'excuse* opleverden en afhankelijk van de antwoorden op deze vragen, welke straf moest worden uitgesproken. De besluitvorming bestond dus uit twee fases; eerst besloot de jury en daarna besloten de rechters. Het Wetboek van Strafvordering 1838 verving deze besluitvorming door een andere structuur met de invoering van een nieuw art. 206:

Art. 206 Sv 1838

Het hof zal, naar aanleiding van de akte van beschuldiging en van hetgeen uit het onderzoek op de terechtzitting is gebleken, beraadslagen over het bewezene of niet bewezene der daadzaken, over derzelver qualificatie, over het bewezene der schuld van den beschuldigde aan de daadzaken, en laatstelijk over de toepassing der straf, bij de wet bepaald.

Anders dan onder de CIC namen de rechters alle beslissingen, zowel de feitelijke als de juridische. Daardoor werd het onderscheid tussen feitelijke en juridische kwesties veel minder belangrijk. Het onderscheid bleef echter wel van belang voor de toetsingsgronden in cassatie.⁴⁵⁶

Behalve een nieuw Wetboek van Strafvordering, kreeg Nederland in 1838 ook een nieuwe cassatierechter: de Hoge Raad der Nederlanden.⁴⁵⁷ Net als bij het *Cour de cassation* in Frankrijk, kon bij de Hoge Raad om cassatie worden verzocht op grond van verzuim van vormen, onbevoegdheid, rechtsweigerig, verkeerde toepassing of schending van de wet en bij overschrijding van rechtsmacht.⁴⁵⁸ De

⁴⁵⁴ Verrest 2011, p. 62; Van Ruller 1994, p. 68.

⁴⁵⁵ Zie ook Hoofdstuk 3, par. 2.1.

⁴⁵⁶ De Bosch Kemper 1840, p. 337-339.

⁴⁵⁷ Klokslag twaalf uur in de nacht van 30 september op 1 oktober. Koninklijk Besluit van 10 april 1838, Stb. 12, art. 2 en 3. Vrijland 1988, p. 32-60.

⁴⁵⁸ Art. 380 Sv 1838; vgl. art. 408 CIC. Zie uitgebreid De Bosch Kemper 1840, p. 351-352. Het Hoog Gerechtshof functioneerde tot 1838 als hof van cassatie. Bij Koninklijk Besluit van 10 april 1838 (Stbl. 12) werd de Hoge Raad ingesteld, die op 1 oktober 1838 officieel zijn rechterlijke

feitelijke beslissingen van de rechter in eerste aanleg en hoger beroep waren, net als de verklaringen van de jury bij het *cour d'assises*, onaantastbaar in cassatie.⁴⁵⁹ De toetsing door de Hoge Raad had alleen betrekking op de toepassing van het recht; daarin leek de taak van de Hoge Raad op die van het *Cour de cassation*.

2.4. Opinie in Nederland over de (gehandhaafde) Franse strafwetgeving

Aanvankelijk stond de rechtspraak positief tegenover de Franse wetgeving. De historicus Colenbrander constateerde dat men er in 1815 vrede mee leek te hebben dat de Franse wetgeving (voorlopig) gehandhaafd bleef:

‘Met ingang van 1 Maart 1811 waren ingevoerd de vijf Franse wetboeken (...); zij hadden nu bijna drie jaar gegolden en de rechter was aan het gemak hunner compleetheid en welsluitendheid gewend. (...) [G]aandeweg is de haast tot het vervangen van wetboeken waarmede de justitie zelve (na de wijziging van 11 December) zeer tevreden was, afgenomen, en heeft men ingezien dat het voegde althans tot de afkondiging der grondwet te wachten.’⁴⁶⁰

Donker Curtius van Tienhoven was een van degenen die de Code pénal als een verbetering beschouwden ten opzichte van het oudvaderlandse strafrecht. Hij was lid geweest van het Hof van de Hoge Vierschaar van het voormalig baljuwschap Zuid-Holland.⁴⁶¹ In die functie was hij getuige geweest van de uitvoering van de oudvaderlandse lijfstraffen. Die lijfstraffen had Donker Curtius van Tienhoven gruwelijk gevonden. Dat de Code pénal veel minder lijfstraffen kende en bovendien minder vaak de doodstraf voorschreef, zag hij daarom als een verbetering. Een ander voordeel was dat de Franse rechterlijke organisatie volgens Donker Curtius van Tienhoven zorgde voor een betere rechtspleging dan onder het oudvaderlandse strafrecht het geval was geweest. Maar het Franse bewind dat die Franse wet met zich mee bracht, kon hij minder waarderen:

‘Met Januarij 1811 werden wij Fransch, en daardoor ontvingen wij de Fransche strafwet; in zoo verre wonnen wij bij de inlijving, want in die wet waren ten minste niet te vinden die frequente schavotstraffen, waaraan de

functie ging vervullen. Volgens Vrijland hadden de Hoge Raad en het Hoog Gerechtshof weinig gemeen, maar hij stelde ook vast dat de raadsheren van het ‘nieuwe’ hoogste rechtscollege, op enkele uitzonderingen na, in verschillende betrekkingen deel hadden uitgemaakt van het Hoog Gerechtshof. Vrijland 1988, p. 43.

⁴⁵⁹ Zie ook De Bosch Kemper 1840, p. 379-380.

⁴⁶⁰ Colenbrander 1927, p. 110-111.

⁴⁶¹ Donker Curtius van Tienhoven 1858, p. 12.

Nederlanders gewoon waren, behalve het brandmerk. (...) Boven dit alles [de oudvaderlandsche praktijk] verkoos ik derhalve het Fransche regt, maar niet het verfoeijelijke Fransche Bewind.⁴⁶²

Voor Donker Curtius van Tienhoven was het Souverein Besluit van 11 december 1813 in dit opzicht geen vooruitgang, want het leidde tot de herinvoering van verschillende oudvaderlandse straffen ('beuls-martelingen') zoals het geselen en wurgen.⁴⁶³ Terwijl hij juist een tegenstander van die straffen was, waren er destijds kennelijk ook voorstanders van deze lijfstraffen. Volgens hem was niet iedereen er in 1811 van overtuigd geweest dat het recht zonder lijfstraffen gehandhaafd kon worden:

'Ook ging bij vele Baljuwen en andere publieke aanklagers een kreet op, dat er nu geene orde of veiligheid in den Staat zoude zijn. Het tegendeel gebeurde intusschen. Ik wil niet zeggen enkel door de verzachting der straffen, maar voornamelijk ook daardoor, dat er betere regtspleging werd ingesteld, betere politie op gewone misdrijven werd uitgeoefend, door de afschaffing van bijzonder Baljuwagien, heerlijke strafgeregtten en dergelijke, die den scepter der regtswrake, hetzij met woede plegen te zwaaijen, hetzij met zwakke hand te laten rusten, al naarmate het geldelijk belang van hunne heeren en meesters mogt medebrengen.'⁴⁶⁴

Donker Curtius van Tienhoven concludeerde echter dat het ontbreken van lijfstraffen in de Code pénal voor de handhaving van de rechtsorde niet zoveel verschil maakte, in tegendeel: de betere organisatie van de opsporing en berechting die ook een gevolg was van de Franse wetgeving leidde tot een betere handhaving van de rechtsorde.

In de loop van de negentiende eeuw veranderde de aanvankelijk positieve houding ten opzichte van de Franse strafwetgeving. De voorlopige handhaving van het Franse strafrecht leek een permanent karakter te krijgen; de wetgever leek voornamelijk energie te steken in het aanvullen en in stand houden van de bestaande Franse wetgeving in plaats van daadwerkelijk een nieuw Nederlands Wetboek van Strafrecht te ontwerpen. Door de wijzigingen van de Franse wetgeving door het Souvereine Besluit van 11 december 1813 en de wet van 29 juni 1854 was het strafstelsel van de Code pénal bovendien zo ingrijpend gewijzigd dat er weinig Frans was aan de toepassing van het strafrecht in Nederland. De Franse wetgeving werd zoveel

⁴⁶² Donker Curtius van Tienhoven 1858, p. 13.

⁴⁶³ Donker Curtius van Tienhoven 1858, p. 13-14.

⁴⁶⁴ Donker Curtius van Tienhoven 1858, p. 13.

mogelijk in overeenstemming met de Nederlandse rechtscultuur toegepast. Daardoor leek de urgentie van de vervanging van de Franse strafwetgeving ook afgenomen.⁴⁶⁵

Deze aanvullingen op de Code pénal gingen echter ten koste van de systematiek van het Franse wetboek, dat daardoor steeds meer uit zijn verband werd getrokken.⁴⁶⁶ Van Deinse betoogde daarom dat vernieuwing van het wetboek nog steeds dringend nodig was:

‘Zonder in eenig nader onderzoek te treden ten betooge van het gebrekkige dezes wetboeks [de Code pénal] (...), zij het ons genoeg als op eene algemeene waarheid te wijzen, hoe door vele opvolgende wetten het boek is uit zijn geheel gebragt, en hoe derhalve, niettegenstaande de herroeping van gezegd souverain besluit, en de zoo gewigtige verbeteringen door evengemelde wetten van 1854 tot stand gebragt, de behoefte naar eene vernieuwing steeds meer en meer dringende blijft.’⁴⁶⁷

De hoop dat er op korte termijn een nieuw wetboek zou verschijnen, had Schooneveld in 1855 evenwel opgegeven:

‘Heb ik bij deze uitgave in het bijzonder er naar gestreefd, om door de aanwijzing van zoo vele leemten en gebreken als ons strafregt aankleven, den, ik zou schier zeggen, jammerlijken toestand van hetzelfde in het licht te stellen, mijne bedoeling daarbij was geene andere dan om naar mijn vermogen mede te werken, niet tot de daarstelling van een Nederlandsch strafwetboek, want het geloof aan de verschijning van zulk een wetboek heeft mij eindelijk verlaten, maar alleen tot de invoering van zoodanige verbeteringen in het strafregt als door het belang der maatschappij het meest dringend worden gevorderd.’⁴⁶⁸

Van Deinse en Schooneveld benadrukten beiden dat de gebreken die zij aanwezen in het strafrecht van hun tijd werden verstrekt of waren veroorzaakt door het Souverein Besluit van 11 december 1813 en andere aanvullingen en wijzigingen op de Code Pénal. Hoewel de wetten van 29 juni 1854 veel verbeteringen hadden gebracht, was dit niet genoeg. Daarom sloot Van Deinse zijn boek in 1860 daarom af met de opmerking:

‘Ten slotte nog dat, hoe onbetwistbaar vele verbeteringen door de wetten van 29 junij 1854 (...) in onze wetgeving zijn aangebragt, er evenwel in de regtspractijk steeds menigvuldige gevallen zijn overgebleven, waarin het

⁴⁶⁵ Vgl. Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 77.

⁴⁶⁶ Moorman van Kappen 1986, p. 22.

⁴⁶⁷ Van Deinse 1860, p. 62-63.

⁴⁶⁸ Schooneveld 1855, p. VII.

alleen mogelijk is om door het verleen van gratie de straf in verhouding met het gepleegde misdrijf te brengen. (...) [B]lijft derhalve niet te min, ook in dit opzigt, de noodzakelijkheid bestaan tot het invoeren eener nieuwe Nederlandsche strafwetgeving.⁴⁶⁹

Ongeveer twintig jaar later keek Pols veel minder negatief naar het Nederlandse Franse strafrecht dan Van Deinse en Schooneveld. Pols perspectief verschilde aanzienlijk: hij keek terug op de periode als voormalig lid van de Staatscommissie die in 1875 het ontwerp voor het huidige Wetboek van Strafrecht indiende. Door het ontwerpen van het Wetboek had Pols waardering gekregen voor dat wat de Code pénal en het Souverein Besluit van 11 december 1813 het Nederlandse strafrecht hadden gebracht.

Hij constateerde dat het Souverein Besluit het Franse strafstelsel zo ingrijpend had gewijzigd dat het ontstane stelsel met het volste recht 'nationaal' kon worden genoemd. Er werd weliswaar zeer kritisch gesproken over de strenge straffen van de Code pénal, maar Pols wees erop dat de eigen oudvaderlandse straffen niet minder hardvochtig waren geweest. Volgens hem waren de strenge straffen geen typisch Frans verschijnsel, maar de uiting van een denkbeeld over straf dat niet meer werd gedeeld:

'Men moge nu dat strafstelsel afkeuren, de wederinvoering der schavotstraffen betreuren, het is onbillijk daarvan aan den wetgever van 1813 een verwijt te maken. Die straffen mogen in strijd zijn met onze rechtsovertuiging, zij waren ongetwijfeld in volkomen overeenstemming met de rechtsovertuiging van ons volk in 1813.'⁴⁷⁰

De kritiek op het handhaven van de Code pénal en het aanpassen van het strafstelsel door het Souverein Besluit was in zijn ogen niet terecht. Volgens hem was het Souverein Besluit een voortreffelijke maatregel geweest die de Nederlandse rechtsovertuiging de mogelijkheid had geboden tot zijn recht te komen en zich ongehinderd te ontwikkelen:

'[D]ien voortreffelijk maatregel, die de rechtsovertuiging van ons volk weder tot haar recht heeft doen komen, haar in staat gesteld zich vrijelijk te ontwikkelen en den grondslag heeft gelegd voor het strafstelsel van het ontwerp van 1879, dat er van zelf uit gerijpt is (...).'⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Van Deinse 1860, p. 540.

⁴⁷⁰ Pols 1879, p. 21.

⁴⁷¹ Pols 1879, p. 20.

Volgens Pols was het aan het Souverein Besluit te danken dat de Nederlandse rechtscultuur niet alleen behouden bleef, maar zich, via de rechter, ook was blijven ontwikkelen. De afschaffing van bepaalde straffen in het Souverein Besluit en de verruiming van de mogelijkheden van de rechter om de straf te verlagen, hadden grote gevolgen voor het strafstelsel en vooral de strafoplegging. Een gevolg van de gegroeide praktijk was dat de rechter, hoewel gebonden aan de strenge en strikte bepalingen van de Code pénal, ruim gebruik maakte van vele sluiproutes om te komen tot een op het individu toegesneden straf.⁴⁷² In die praktijk waren de persoon van de dader en de omstandigheden van het geval de maatstaf voor de straf geworden. Dat bracht Faber met Van Ruller tot de conclusie dat er in de negentiende eeuwse strafrechtspraktijk in Nederland sprake was van een daderstrafrecht.⁴⁷³ In dat opzicht lijken zij zich bij Pols aan te sluiten; door de ruime bevoegdheid van de rechter bij de straftoemeting was in de praktijk een Nederlands strafrecht ontstaan dat weinig overeenkomsten vertoonde met de letter van de Franse wet. Het was ook juist die ruime bevoegdheid van de strafrechter en het vertrouwen in die rechter dat daar uit spreekt, die volgens Modderman rechtvaardigden waarom het ontwerp-Wetboek het predicaat ‘nationaal’ verdiende:

‘Sints in 1813 de Souverein Vorst den rechter bevoegdheid verleende ook bij misdaden verzachtende omstandigheden aan te nemen, is in steeds toenemende mate (...) het *arbitrium iudicis* uitgebreid, totdat in dit ontwerp den rechter eene vrijheid is toegekend, grooter dan ergens elders bestaat. Dat *vertrouwen in de rechterlijke macht*, overal in het Wetboek merkbaar, is echt nationaal.’⁴⁷⁴

3. De toepassing van de Code pénal in Nederland

3.1. Inleiding

In het Franse strafrecht van de negentiende eeuw waren de minimumvoorwaarden voor aansprakelijkheid verankerd in de wetgeving en de jurisprudentie. Op grond van de totstandkomingsgeschiedenis en de commentaren bij de Code pénal kon, zo bleek, onderscheid worden gemaakt tussen gronden die aansprakelijkheid ophieven (*excuses péremptoires*) en gronden die de aansprakelijkheid verminderden

⁴⁷² Zo ontstond een Nederlandse toepassing van het strafrecht die door Van Ruller werd getypeerd als ‘pietluttige mildheid’. Hiermee bedoelde hij dat wettelijke regels angstvallig getrouw werden gevolgd, maar dat de Nederlandse strafrechtstoepassers de neiging hadden om de zeer strenge Franse straffen waar mogelijk te vermijden om het Nederlandse rechtsgevoel geen geweld aan te doen. Van Ruller 1994, p. 76.

⁴⁷³ Faber & Van Ruller 1995, p. 44-45.

⁴⁷⁴ Smidt 1891, p. 26. Cursivering conform origineel.

en daarom grond waren voor een lagere straf (*excuses atténuantes*). Gronden die niet aan aansprakelijkheid in de weg stonden, maar wel aanleiding waren voor een verzachting van de straf, hadden dat effect of omdat de wet die omstandigheid als *excuse atténuante* aanmerkte of doordat de rechter in die omstandigheid aanleiding zag voor het verlagen van de straf en de wet hem die ruimte liet (art. 463 CP).⁴⁷⁵ Daarbij verruimden het Souverein Besluit van 11 december 1813 en de wetten van 29 juni 1854 de mogelijkheden voor de Nederlandse rechter om de straf aan te passen op de omstandigheden van het geval.

In deze paragraaf staan een aantal arresten centraal die een indruk geven van de wijze waarop de Nederlandse rechter omging met *excuses* en andere strafverlagende omstandigheden. Daarbij wordt in paragraaf 3.2 aandacht besteed aan waanzin en jeugdige leeftijd en in paragraaf 3.3 aan overmacht en dwaling. In paragraaf 3.4 wordt afzonderlijk stilgestaan bij de aansprakelijkheid voor overtredingen. Een expliciet voorbeeld van de ruimhartige toepassing van de strafverlagende omstandigheden staat centraal in paragraaf 3.5. Dit onderdeel van het onderzoek wordt daarna afgerond met een tussenconclusie in paragraaf 3.6.

3.2. Waanzin en jeugdige leeftijd

3.2.1. Inleiding

Zoals gezegd kende het Franse strafrecht twee algemene gronden waarvan breed werd aanvaard dat ze de aansprakelijkheid uitsloten: waanzin en jeugdige leeftijd. Wie jonger was dan zestien jaar en zonder oordeel des onderscheids (*discernement*) had gehandeld, ging vrijuit. In het Franse strafrecht waren beide omstandigheden *excuses péremptoires*, dwingende gronden van verschoning die een onoverkomelijk beletsel vormden voor het aannemen van aansprakelijkheid. Ook in Nederland had waanzin die consequentie, zoals blijkt uit de hieronder besproken zaak Bosman. In het tweede arrest, dat in paragraaf 3.2.3 wordt besproken, is de jeugdige leeftijd van de verdachte en het ontbreken van *discernement* grond voor straffeloosheid.

3.2.2. De zaak Bosman

H. Bosman verkeerde regelmatig in een toestand die zijn dokter later, in zijn verklaring, ‘*delirium tremens*’ noemde, een soort verstandsverbijstering als gevolg van het overmatig gebruik van sterke drank. De dokter verklaarde ook dat deze *delirium tremens* zich uitte in een staat van verwardheid waardoor de patiënt over zijn hele lichaam begon te trillen, een verwilderde en verwarde indruk maakte en niet wist wat hij deed. In deze toestand van verstandsverbijstering had Bosman op de avond van 1 maart 1846 één van zijn drie kinderen gedood. Hij werd vervolgd voor

⁴⁷⁵ Zie hiervoor 2.2, noot 439, en hoofdstuk 2, par. 2.2.3.

‘moedwillige doodslag’ (*homicide volontairement*, art. 295 CP) voor het provinciaal gerechtshof Zuid-Holland.

Tijdens zijn gevangenschap had Bosman geen enkel teken van *delirium tremens* vertoond. Daarom was de Advocaat-Generaal bij het provinciaal gerechtshof Zuid-Holland van mening dat Bosman aansprakelijk kon worden gehouden. Hij vorderde schuldigverklaring aan moedwillige doodslag en veroordeling tot de straf van het ‘zwaaien met het zwaard over het hoofd’ en de opsluiting in de gevangenis voor niet minder dan vijf en niet meer dan twintig jaar.⁴⁷⁶ De verdediging beriep zich vanwege het *delirium tremens* op art. 64 CP en pleitte voor vrijspraak.

Het provinciaal gerechtshof verklaarde Bosman schuldig aan de moedwillige doodslag, maar overwoog vervolgens dat de gedraging niet kon worden gekwalificeerd als een strafbaar feit, omdat Bosman krankzinnig was.⁴⁷⁷ Daarom sprak het gerechtshof hem vrij.⁴⁷⁸

‘dat het wettig en overtuigend bewezen was, dat de besch. zich had schuldig gemaakt aan het feit dat hem ten laste was gelegd, doch dat hij dit heeft gedaan in staat van krankzinnigheid, en dit feit dus noch misdaad, noch wanbedrijf, noch overtreding oplevert. Het Hof heeft hem mitsdien *niet* schuldig verklaard, hem vrijgesproken en zijne in-vrijheid-stelling bevolen.’⁴⁷⁹

Uit de beslissingen van het gerechtshof blijkt dat het hof eerst heeft vastgesteld dat Bosman schuldig was, maar dat hij daarna niet schuldig is verklaard. Deze volgorde van beslissen was echter een logisch gevolg van het eerder genoemde art. 206 Sv 1838.⁴⁸⁰ Op grond van dat artikel moesten de rechters eerst een oordeel vellen over het feiten. Dit betekende dat het ‘schuldig’ in de eerste zin niet meer betekende dan een feitelijke vaststelling dat het zo gegaan was, een feitelijke vaststelling van ‘het gedaan hebben’. De bewoordingen van art. 64 CP dwongen het hof om daarna te concluderen dat er geen strafbaar feit tot stand was gekomen, aangezien de dader in een staat van waanzin had verkeerd.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ Conform art. 295 jo 304 lid 2 CP jo art. 7 van het Souverein Besluit van 11 december 1813.

⁴⁷⁷ Provinciaal gerechtshof Zuid-Holland, 6 November 1846, W. 754, p. 2-3 (zaak Bosman).

⁴⁷⁸ Hoewel Bosman werd vrijgesproken, werd hij niet onmiddellijk in vrijheid gesteld. De procureur-generaal wilde Bosman in verzekerde bewaring houden om hem in een huis van krankzinnigen te kunnen laten plaatsen.

⁴⁷⁹ Provinciaal gerechtshof Zuid-Holland, 6 November 1846, W. 754, p. 3 (zaak Bosman). Cursivering als in originele tekst.

⁴⁸⁰ Zie hiervoor par. 2.3.

⁴⁸¹ Vgl. art. 64 CP: *Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action (...)*. (Daar is noch misdaad, noch wanbedrijf, zoo wanneer de beklagde ten tijde van het feit in staat van krankzinnigheid was (...).)

3.2.3. Het zakje zout

In het Zakje zout-arrest gaat het om een overtreding die een achtjarig kind zou hebben begaan.⁴⁸² Dit kind had vanuit Duitsland een zakje zout mee naar huis (Vriezenveen) genomen zonder dat daarvoor accijns of invoerrechten waren betaald. Het invoeren van zout zonder het betalen van accijns was in strijd met art. 205 van de Wet over den heffing der regten van In-, Uit- en Doorvoer en van den Accijnsen, alsmede van het Tonnegeld der zeeschepen (hierna: de Wet):

Art. 205

Alle (...) personen welke mogten pogen of bestaan, hunnen in-, op- of bij hebbende ladingen of vrachten, zonder eenige verklaring of aangifte aan de eerste wacht of op de kantoren waar zulks behoort, en alzoo frauduleuselijk het Koninkrijk in-, uit- of doorvoeren, zullen gestraft worden met eene gevangenisstraf van ten minste eene maand, en ten langste een jaar. (...) ⁴⁸³

De rechtbank Almelo verklaarde het kind schuldig aan het ten laste gelegde feit, maar sprak vrij van de ingebrachte klacht (beschuldiging) omdat het kind zonder oordeel des onderscheids had gehandeld. Die uitspraak werd in hoger beroep door het gerechtshof Overijssel bevestigd. Het Openbaar Ministerie stelde echter beroep in cassatie in, omdat volgens het OM art. 484 CP het bereik van art. 66 CP zodanig beperkte dat art. 66 CP niet van toepassing was op overtredingen van de belastingwetten.⁴⁸⁴ Aangezien de feiten als bewezen waren aangenomen, had de in art. 205 van de Wet voorgeschreven straf aan het kind moeten worden opgelegd.

A-G Deketh constateerde dat het kind was vrijgesproken op grond van het onbewezen zijn van de schuld van het kind, doordat het zonder oordeel des onderscheids had gehandeld.⁴⁸⁵ Anders dan het OM, meende Deketh dat ook bij overtredingen van de belastingwetten de algemene beginselen van strafrecht, zoals het beginsel vervat in art. 66 CP, van toepassing zouden moeten zijn:

‘Overwegende bovendien, wat betreft de zaak ten principale, dat, hoezeer het aan den éénen kant waar moge zijn, dat bij overtredingen van belastingwetten de schuldpligtigheid niet in den zin van eene opzettelijke, maar van eene materiële overtreding moet worden opgevat, het aan den anderen kant niet minder waar is, dat volgens de algemeene beginselen van strafrecht, iedere daad,

⁴⁸² Hoge Raad 23 juni 1846, Van den Honert Belastingen 3, p. 47-52 (Zakje zout).

⁴⁸³ Wet van 26 augustus 1822, Stbl. 38.

⁴⁸⁴ Hoge Raad 23 juni 1846, Van den Honert Belastingen 3, p. 51 (Zakje zout). Art. 484 CP luidde: ‘*Dans toutes les matières qui n’ont pas été réglées par le présent Code et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer.*’

⁴⁸⁵ Hoge Raad, 23 juni 1846, Van den Honert Belastingen 3, p. 49 (Zakje zout).

zal dezelve strafbaar zijn, aan den persoon die de daad bedrijft, moet kunnen worden toegerekend, en dat die toerekenbaarheid in eenen regtskundigen zin niet wel denkbaar is dáár waar de handelende persoon het oordeel des onderscheids mist, en waar dus de auctor delicti, ten aanzien van zijne verstandelijke vermogens in zodanigen staat verkeert, dat aan hem niet alleen geen dolus, maar zelfs geen verzuim of abuis kan worden geïmputeerd (...).⁴⁸⁶

Ondanks de algemeen aanvaarde regel dat bij overtredingen de aansprakelijkheid ('schuldpligtigheid') volgde uit het materiële feit, concludeerde A-G Deketh hier dat op basis van de algemene beginselen van strafrecht de daden van een kind van acht jaar niet aan hem konden worden toegerekend. Deketh lijkt daarmee impliciet te betogen dat de aansprakelijkheid voor overtredingen van de belastingwetten niet alleen op de materiële constatering van de overtreding zou moeten worden gebaseerd. De dader moest ook aan een 'voorvereiste' voldoen, namelijk dat hij met het oordeel des onderscheids had gehandeld en zich bewust kon zijn van de gevolgen van zijn handelen. Alleen dan bracht de vaststelling van de overtreding ook de vaststelling van een 'verzuim' en dus een verwijt met zich mee. Het in art. 66 CP vervatte principe was volgens Deketh een algemeen beginsel van strafrecht dat aan aansprakelijkheid in de weg stond, ook al betrof het een strafbepaling die niet in de Code pénal, maar in een belastingwet of een andere speciale wet was opgenomen:

'Overwegende, dat hiertegen ook geenszins obsteert het bepaalde bij artikel 484 van het Code Pénal, aangezien, hoezeer hier dan ook de toepassing wordt gevorderd eener speciale wet, nogtans hierdoor geenszins gederogerd kan zijn aan zoodanigen algemeene beginselen van strafregt, welke als zoodanig in het Code Pénal zijn opgenomen, en welke dan ook gewoonlijk zelfs bij speciale wetten worden toegepast (...).'⁴⁸⁷

Deketh beschouwde de jeugdige leeftijd kennelijk als een omstandigheid die aan het aannemen van elke vorm van schuld (aansprakelijkheid) in de weg stond.

De Hoge Raad stelde voorop dat de hoofdregel voor aansprakelijkheid ter zake van overtredingen van (belasting)wetten was dat deze strafbaar waren op basis van het materiële feit. Dit betekende volgens de Hoge Raad echter niet dat de feitelijk geconstateerde overtreding ook strafbaar was als die werd begaan door een kind van acht jaar. Voorzover het cassatiemiddel bezwaar maakte tegen het gebruik van art. 66

⁴⁸⁶ Hoge Raad 23 juni 1846, Van den Honert Belastingen 3, p. 50 (Zakje zout). Zonder cursivering (EHA vL).

⁴⁸⁷ Hoge Raad 23 juni 1846, Van den Honert Belastingen 3, p. 50 (Zakje zout). Zonder cursivering (EHA vL).

CP als grondslag voor de vrijspraak, overwoog de Hoge Raad dat de vrijspraak op een algemeen beginsel van strafrecht was gebaseerd en niet op art. 66 CP:

‘Overwegende te dien aanzien, dat noch bij het beklaagd arrest, noch bij het daarbij bevestigd vonnis der Arrondissementsrechtbank te Almelo, bij de vrijspraak den achtjarigen beklaagde is toegepast genoemd artikel 66, als zijnde bij geen dier beide uitspraken aangehaald, maar dat die vrijspraak alleen is gegrond op artikel 205 van gezegde Algemene Wet; Overwegende immers, dat bij dat arrest hoofdzakelijk is overwogen, dat ofschoon ter toepassing van straf op overtredingen van belastingwetten, het materiële van het feit, al is het alleen aan verzuim toe te schrijven, voldoende is, nogtans de bedoeling van meergenoemd artikel 205 [van de Wet] niet kan geacht worden te zijn, de daarbij tegen frauduleusen invoer bedreigde gevangenisstraf te doen toepassen op personen, die ten opzichte hunner verstandelijke vermogens verkeerden in zoodanigen staat, dat aan hen niet alleen geen boos opzet, maar zelfs geen verzuim of abuis kan worden toegeschreven; Overwegende, dat de juistheid dezer uitlegging van genoemd artikel 205, zoo als door het Hof in Overijssel te regt is aangemerkt, is gegrond op de algemeene beginselen van strafregt, en dat zij bovendien wordt bevestigd door de vergelijking van dat artikel met de artikelen 208 en 229 van derzelfde Wet, waaruit duidelijk blijkt, dat des wetgevers bedoeling niet geweest is om daar, waar de daad niet kan worden toegerekend, desniettemin gevangenisstraf te doen opleggen.’⁴⁸⁸

De Hoge Raad bevestigde dat (ook) op grond van de algemeene beginselen van strafrecht bij een verdachte de toerekenbaarheid, en dus de aansprakelijkheid, kon ontbreken. De Hoge Raad las daarbij de overwegingen van het hof zo, dat de vrijspraak op art. 205 van de Wet zou zijn gebaseerd. Dat het daar bepaalde niet van toepassing was op personen wiens geestesvermogens niet zodanig waren dat zij onderscheid konden maken tussen goed en kwaad, bleek echter niet met zoveel woorden uit art. 205 dat zich enkel richtte tot ‘personen’. De juistheid van deze lezing van art. 205 werd door de Hoge Raad afgeleid uit een vergelijking van art. 205 met de artt. 208 en 229 van dezelfde wet, waaruit volgens de Hoge Raad kon worden afgeleid dat het niet de bedoeling van de wetgever was geweest om een gevangenisstraf op te leggen aan een verdachte aan wie de daad niet kon worden toegerekend. Deze artikelen luiden als volgt:

⁴⁸⁸ Hoge Raad, 23 juni 1846, Van den Honert Belastingen 3, p. 51-52 (Zakje zout).

Art. 208

De straf van gevangenis, bij het eerste lid van art. 205 vastgesteld, zal niet worden opgelegd (...) wanneer uit hoofde van verzachtende omstandigheden, de zaak naar art. 229 voor boete en verbeurdverklaring, bij wege van transactie, is afgedaan.

Art. 229

Wegens alle overtredingen dezer wet en de bijzondere wetten op den ophef der accijnsen, zal (...) kunnen worden getransigeerd zoo dikwijls verzachtende omstandigheden de zaak vergezellen, of als aannemelijk kan worden gehouden dat de overtreding eerder aan verzuim of abuis, dan aan een oogmerk tot opzettelijke fraude moet worden toegeschreven.⁴⁸⁹

Uit de artt. 208 en 229 van de Wet blijkt dat niet onder alle omstandigheden de overtreding in art. 205 met een gevangenisstraf moest worden bestraft; in plaats daarvan kon zij onder bepaalde voorwaarden met een transactie worden afgedaan. De Hoge Raad ging nog een stap verder door te overwegen dat als er geen sprake was van enig verzuim of abuis, de daad niet aan de verdachte kon worden toegerekend.

De laatste stap in deze redenering vindt geen steun in de tekst van de artt. 208 en 229, maar wordt, zo lijkt het, door de Hoge Raad gegrond op een algemeen beginsel van strafrecht, de strekking van de regeling ('de bedoeling van meergenoemd artikel 205 niet kan geacht worden te zijn'). Het was dus niet art. 66 CP, maar het daarin vervatte algemene beginsel van strafrecht dat in dit geval aan de toerekening van de bewezen feiten in de weg stond.

De overwegingen in dit arrest illustreren dat de drempel voor aansprakelijkheid met het bewijs van de feiten niet zonder meer als gepasseerd kon worden beschouwd, maar dat een dader aan bepaalde eisen moest voldoen om aansprakelijk te kunnen worden gehouden.⁴⁹⁰ Onderdeel van die voorwaarden was dat de dader in staat was tot het dragen van verantwoordelijkheid en dat hij de aard en gevolgen van zijn voorgenomen handeling kon inschatten.

3.3. Overmacht en dwaling

3.3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk bleek al dat de Franse doctrine weinig ruimte zag voor een geslaagd beroep op overmacht. Dit werd geïllustreerd door de zaak *Ménard*, waarin mevrouw *Ménard*, die door honger gedrongen een brood stal, wel werd ontslagen

⁴⁸⁹ Wet van 26 augustus 1822, Stb. 38.

⁴⁹⁰ Vgl. wat Rossi de '*culpabilité élémentaire*' noemde, hiervoor in Hoofdstuk 3, par. 4.2.2.

van alle rechtsvervolgning, maar niet op grond van overmacht werd vrijgesproken.⁴⁹¹ Ook bleek Rossi in theorie een ruimere benadering van de overmacht te verdedigen, zij het onder zeer strenge voorwaarden.⁴⁹²

Hij ging ook ten aanzien van dwaling een stap verder dan de wet. Anders dan overmacht, dat een wettelijke basis had in art. 64 CP, bood de Code pénal geen aanknopingspunten voor dwaling als grond voor het opheffen van aansprakelijkheid of het verlagen van de straf.⁴⁹³ Toch meende Rossi dat de dwaling die niet alleen de dader, maar elk voorzichtig en vooruitziend mens zou zijn overkomen, geen strafbaar feit opleverde dat de dader verweten kon worden. Bestrafing van iemand die op deze manier dwaalde, was in strijd met Rossi's uitgangspunt dat bestrafing moest bijdragen aan de maatschappelijke gerechtigheid. Dat bracht de rechter die het met Rossi eens was, maar moest werken met de Code pénal, in een lastig parket. Want zonder wettelijke basis kon hij zich niet aan strafoplegging onttrekken. Hoe deze twee kwesties in Nederland werden benaderd, blijkt uit de hierna te bespreken arresten.

3.3.2. Een gat in de dijk

Bolk had met de hulp van een aantal anderen in de nacht van 28 op 29 augustus 1844 de dijk van Tienkarspelen doorgestoken, omdat hij vreesde dat zijn huis en land overstroomd zouden worden.⁴⁹⁴ Het gat dat zij gegraven hadden was 5 ellen lang en vijf palmen diep (dit is ongeveer 3 m breed en 50 cm diep).⁴⁹⁵ Het doorsteken van dijken was (en is) strafbaar. Bolk c.s. werden dan ook vervolgd voor het misdrijf omschreven in art. 437 CP. Dit artikel bestraftte het opzettelijk vernielen van dijken met *réclusion* en een boete van minstens 100 *francs*.⁴⁹⁶

Art. 437 CP

Quiconque aura volontairement détruit ou renversé (...) [des] digues (...) qu'il savait appartenir à autrui, sera puni de la réclusion, et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et indemnités, ni être au-dessous de cent francs.

⁴⁹¹ In plaats daarvan werd op grond van exceptionele omstandigheden aangenomen dat bij haar de *intention* had ontbroken, zie hiervoor Hoofdstuk 3, par. 3.5.4.

⁴⁹² Zie ook Hoofdstuk 3, par 4.2.3.

⁴⁹³ Dit was (uiteraard) anders bij delicten waar een *intention* in de delictsomschrijving was verwerkt (zie bijv. in art. 268 CP waarin strafbaar worden gesteld de hulp en/of diensten die anderen aan *sciement et volontairement* aan een groep criminelen verlenen).

⁴⁹⁴ De zijlvesten waren de Groningse voorlopers van de huidige waterschappen.

⁴⁹⁵ HR 30 september 1845, W 657, p. 368 (Bolk c.s.). Volgens Van Deinse 1860 (p. 144-146) veroorzaakte het doorsteken van de dijk een overstroming elders.

⁴⁹⁶ Het delict in art. 437 CP werd dus bestraft als een *crime*. *Réclusion* was de opsluiting in een *maison de force* voor vijf tot tien jaar (art. 21 CP).

Ter verdediging voerden Bolk c.s. aan dat zij hadden gehandeld uit vrees voor overstroming van hun huis en land. Zij beriepen zich daarom op noodweer en overmacht. Hoewel het beroep op noodweer en het beroep op overmacht door de rechter in eerste aanleg verworpen, had de rechter de omstandigheden die Bolk c.s. ter onderbouwing van hun verweren hadden aangevoerd wel als verzachtende omstandigheden aangemerkt:

‘[D]at het Hof behalve de feiten, waarop de schuldig-verklaring is gegrond, ook heeft aangenomen, dat de schuldig-verklaarden niet tot het plegen van het feit zijn overgegaan, dan toen zij, na gedurende den geheelen dag met allen ijver aan het behoud hunner eigene waterkeeringen te hebben gearbeid, die op het punt zagen van te zullen bezwijken, en alzoo bij het oogenblikkelijk gevaar van hunne laag gelegen landerijen en woningen te zullen zien overstroomen, en voorts dat ook die doorgraving geene beduidende schade aan de ingelanden van het Tienkarspeler-Zijlvest heeft toegebracht, en dat het Hof die omstandigheden eenvoudig heeft beschouwd als verzachtende omstandigheden (...)’⁴⁹⁷

Het gerechtshof Groningen veroordeelde Bolk c.s. op grond van art. 437 CP jo. art. 12 van het Souverein Besluit van 11 december 1813 tot zes weken gevangenisstraf en een boete van 50 gulden per persoon.⁴⁹⁸ Dit was weliswaar een aanzienlijk lagere straf dan art. 437 CP voorschreef (een opsluiting voor vijf tot tien jaar en een boete van minstens 100 *francs*), het was echter niet de vrijspraak die had moeten volgen wanneer het beroep op overmacht was aanvaard.

Bolk c.s. stelden beroep in cassatie in en klaagden over de beperkte uitleg die de rechter aan de artt. 328 CP (*légitime défense*) en art. 64 CP (overmacht) had gegeven.⁴⁹⁹ Het eerste cassatiemiddel was gericht tegen de afwijzing van het beroep op noodweer en overmacht en stelde dat de gedragingen niet toerekenbaar waren. Het tweede cassatiemiddel had betrekking op het bestanddeel ‘*volontairement*’ in art.

⁴⁹⁷ De uitspraak van het gerechtshof Groningen is, voor zover ik kon nagaan, niet gepubliceerd. Deze weergave van de overwegingen van het hof komt uit HR 30 september 1845, W 657, p. 386 (Bolk c.s.).

⁴⁹⁸ Art. 12 van het Souverein Besluit van 11 december 1813 gaf de rechter de mogelijkheid om te bepalen dat de opsluiting voor minder dan vijf jaar zou plaats vinden als er omstandigheden waren die een zodanige matiging van de straf rechtvaardigden. Doordat de rechter de verweren van Bolk c.s. heeft beschouwd als verzachtende omstandigheden kon hij op die basis de straf matigen tot zes weken in plaats van vijf jaar opsluiting.

⁴⁹⁹ Noodweer (*légitime défense*); art. 328 CP: ‘Il n’y a ni crime ni délit, lorsque l’homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d’autrui.’ Overmacht; art. 64 CP: ‘Il n’y a ni crime ni délit, (...) lorsqu’il a été contraint par une force à laquelle il n’a pu résister.’

437 CP, dat volgens Bolk c.s. op basis van de bewezenverklarde feiten niet bewezen kon worden door de uit die feiten sprekende overmacht. De Hoge Raad zag echter in geen van beide cassatiemiddelen aanleiding om het arrest van het hof te vernietigen:

‘O., dat wijders, wat aangaat de beweerde schending van art. 64 Strafr. wel blijkt dat de req. met meer of minder grond vreesden; dat hunnen landerijen zouden worden overstroomd, en dat zij door die vrees gedreven het feit hebben verrigt, maar dat die vrees geenszins gelijk staat met zoodanigen physieken of morele dwang waaraan de req. niet zouden hebben kunnen weerstaan, hoedanig voor de toepasselijkheid van art. 64 wordt gevorderd;

O., dat dus het aangevoerde middel is ongegrond;

Wat betreft het tweede middel van cassatie, beweerde verkeerde toepassing van art. 437 Strafr en schending van art 64 van hetzelfde Wetboek, omdat de aangenomen daadzaken medebrengen, dat hier niet volontairement kan gehandeld zijn, naardien hij, die op het punt staat met de zijnen en have en goed te verdrinken en dien ten gevolge in doodsangst verkeert, niet meer vrij, dat is, met bedaard overleg, handelt;

O., dat eensdeels het Hof uitdrukkelijk heeft verklaard, dat de handeling was gepleegd opzettelijk, en dat dus dit vereischte voor de strafbaarheid bepaaldelijk is verklaard te zijn aanwezig geweest, en dat ten andere uit het op het eerste middel aangehaalde, reeds volgt, dat het Hof teregt in de aangehaalde omstandigheden evenmin het bestaan van overmagt als van noodweer heeft aanwezig gevonden, en dat dus dit middel mede is ongegrond;⁵⁰⁰

De Hoge Raad oordeelde dat er alleen sprake was van vrees en dat was onvoldoende voor een geslaagd beroep op overmacht. Zolang de dader in staat was tot het bepalen van zijn wil, kon er volgens de Franse doctrine geen sprake zijn van overmacht. De vorm van overmacht waarbij als gevolg van dwang alle keuzevrijheid was uitgesloten deed zich volgens Carnot, Dalloz én Rossi alleen voor bij situaties waarin het delict tot stand kwam door absolute overmacht, door een reflexbeweging of door een andere soortgelijke (instinctieve) dwang.⁵⁰¹ Ook volgens de Franse doctrine was er in het geval van Bolk dus vermoedelijk geen sprake geweest van overmacht.

Uitgaande van de door Rossi onderscheiden vormen van overmacht had het verweer mogelijk meer kans gemaakt. Hij onderscheidde naast psychische overmacht een tweede soort overmacht. Hiervan kon volgens Rossi sprake zijn als in een levensbedreigende situatie het begaan van een delict gerechtvaardigd was. Voorwaarde was wel dat de dader gedwongen moest zijn geweest te kiezen tussen twee

⁵⁰⁰ HR 30 september 1845, W 657, p. 368 (Bolk c.s.).

⁵⁰¹ Zie Hoofdstuk 3, par. 3.5.4 en par. 4.2.3.

kwaden (namelijk zijn leven of een delict) en bewust koos voor het begaan van een delict om te overleven. In dat geval handelde de dader volgens Rossi gerechtvaardigd (*justifié*) en kon de handeling niet worden beschouwd als een delict.⁵⁰²

De Code pénal en het Wetboek van Strafvordering 1838 boden de rechter geen aanknopingspunt om Bolk c.s. op grond van de tweede door Rossi erkende vorm van overmacht vrij te spreken. De enige vorm van overmacht die op grond van art. 64 CP tot vrijspraak kon leiden, was een vorm van psychische overmacht waarbij de dader onder een zodanige druk handelde dat van wilsvrijheid geen sprake meer was. In het geval van Bolk c.s. was dat niet aan de orde. De rechter kon in deze zaak dan ook niet anders dan een straf uitspreken.

3.3.3. Dwaling

Dwaling was in de Code pénal niet erkend als grond voor verlaging of kwijtschelding van de straf noch als grond die de aansprakelijkheid zou kunnen opheffen. Als dwaling niet via het ontbreken van de *intention* in de delictsomschrijving tot vrijspraak leidde, moest de rechter een straf opleggen als de feiten bewezen waren. Dergelijke strafbepalingen kwamen regelmatig voor; onder andere in de belasting- en douanewetten. Ook het delict dat centraal stond in het hiervoor (in paragraaf 3.2) besproken Zakje zout-arrest was hier een voorbeeld van.

Als de delictsomschrijving geen bepaalde *intention* eiste, betekende dat volgens Rossi echter niet steeds dat hij ook verplicht was om een straf op te leggen. Volgens hem moest die verplichting vervallen als de oorzaak voor het delict gelegen was in een dwaling van de verdachte die elk verstandig en vooruitziend mens onder dezelfde omstandigheden zou zijn overkomen. In sommige Besluiten met betrekking tot specifieke delicten was door de wetgever in lijn met dit denkbeeld een wettelijke voorziening getroffen voor verschoonbare dwaling.

Een voorbeeld hiervan was art. 2 van het Koninklijk Besluit van 1 december 1820 houdende maatregelen tegen het beschadigen der bestaande Eendvogel-Kooijen, als mede voorschriften waarnaar de eigenaars of gebruikers van Eendvogel-kooijen zich moeten gedragen.⁵⁰³ In dit besluit werd strafbaar gesteld het verstoren van de eenden in een eendenkooi:

Art. 1

Aan een iegelijk wordt verboden om, binnen den afstand, waarop aan de eigenaar van eendvogel-kooijen (...) het regt van afpaling is toegekend op

⁵⁰² Overmacht-noodtoestand werd in het Nederlandse strafrecht door de Hoge Raad erkend als strafuitsluitingsgrond in het Opticien-arrest, HR 15 oktober 1923, NJ 1923, p. 1329 e.v.

⁵⁰³ Koninklijk Besluit van 1 december 1820, Stb. 26.

eenigerlei wijze geraas te maken (...) waardoor binnen de gemelde omtrek (...) het gevogelte zou kunnen worden verstoord of verjaagd (...).⁵⁰⁴

Op grond van deze bepaling zou de rechter ook een boete moeten opleggen aan ieder die de eenden heeft verstoord, maar niet wist én niet kon weten of had moeten vermoeden, dat hij vlak bij een eendenkooi was. Bijvoorbeeld doordat de afpaling, een duidelijke aanwijzing dat er een eendenkooi vlakbij was, ontbrak of onzichtbaar was. In dat opzicht was de strafbepaling dus te ruim geformuleerd, want ook personen die niet wisten dat zij bij een eendenkooi in de buurt waren, konden worden gestraft op basis van deze strafbepaling.

Dit had de Besluitgever kennelijk ook gezien, want art. 2 van het Besluit bepaalde dat de strafbepaling niet mocht worden ingeroepen door het OM als er geen duidelijk zichtbare waarschuwborden waren geplaatst.⁵⁰⁵ Door deze bepaling hoefde de rechter geen veroordeling uit te spreken als de verdachte niet kon worden verweten dat hij de eenden uit de eendenkooi had gejaagd, omdat nergens aangegeven stond dat er een eendenkooi was. De wetgever trof een regeling voor deze gevallen van verschoonbare dwaling.

3.4. De aansprakelijkheid voor overtredingen

3.4.1. Inleiding

Een onderdeel van de Franse doctrine dat in Nederland relatief veel aandacht heeft gekregen is de grondslag waarop overtredingen bestraft moesten worden. In de Nederlandse literatuur heeft deze doctrine de benaming 'leer van het materiële feit' gekregen. De leer lijkt afgeleid van een door het Franse *Cour de cassation* in zijn jurisprudentie ontwikkelde regel dat overtredingen strafbaar waren op basis van enkel de *materialité*.⁵⁰⁶ Die regel was een uitzondering op de algemene regel dat aansprakelijkheid bij elk delict op de *materialité* en de *moralité* gebaseerd behoorde te zijn. Volgens Vrij moest deze regel, die hij de leer van het '*fait matériel*' noemde, als volgt worden opgevat:

⁵⁰⁴ Koninklijk Besluit van 1 december 1820, Stb. 26.

⁵⁰⁵ Art. 2 Besluit van 1 december 1820, Stb. 26: 'De eigenaars of gebruikers van eendvogelkooijen, liggende in rivieren, meren of plassen, zullen dezelve aan de waterzijde moeten doen afbakenen door het hechten van borden aan rondom zichtbare staken, op welke borden met groote en leesbare cijfers zal moeten worden aangewezen het getal roeden afstands waarop de registratie is verleend; zullende bij ontstentenis van dien, de verbiedende bepaling van art. 1, noch door het openbaar Ministerie, noch door de belanghebbende kunnen worden ingeroepen. (...) En op dat niemand hiervan onwetendheid kan voorwenden, zal het tegenwoordig besluit in het staatsblad worden geplaatst.'

⁵⁰⁶ Zie ook Hoofdstuk 3 par. 4.1.3.

‘Terwijl elk delict uit twee elementen bestaat, een feit dat er de matérialité, en de intentie die er de moralité van uitmaakt (...) bestaat op dien regel een uitzondering: overtredingen worden gevormd door het enkele materiele feit, onafhankelijk van elke intentie. (...) Door den aard zelf van het materiele feit wordt de intentie van rechtswege verondersteld schuldig te zijn; (...) haar afwezigheid wischt de overtreding niet uit, geen verontschuldiging (goede trouw, onbekendheid met het verbod, dwaling) is toelaatbaar. Behalve overmacht: de wet toch, die den dader zijn onwetendheid, verzuim, onoplettendheid als faute toerekent, veronderstelt dat hij vrij was deze te vermijden, dus vrijwillig handelde.’⁵⁰⁷

In een serie arresten uit de periode 1840-1850 heeft de Hoge Raad bevestigd dat deze regel ook in Nederland gold bij de vaststelling van aansprakelijkheid voor overtredingen strafbaar gesteld in de Code pénal en voor overtredingen in belastingwetten en andere bijzondere strafwetten.⁵⁰⁸ Wat de leer van het materiële feit in de praktijk voor aansprakelijkheid ter zake van overtredingen betekende, wordt hieronder uitgewerkt aan de hand van drie onderwerpen: dwaling met betrekking tot de feiten, dwaling ten aanzien van het recht en het verweer dat de overtreding niet te vermijden was.

3.4.2. Dwaling met betrekking tot de feiten

Dwalingen met betrekking tot de feiten kunnen zich op allerlei terreinen voordoen, maar toevallig ging het in de volgende twee arresten over strafbepalingen die te maken hadden met de broodzetting. De broodzetting was de vastgestelde maximumprijs voor een brood van een bepaalde samenstelling en een bepaald gewicht. De precieze bepalingen ten aanzien van de broodzetting waren per stad neergelegd in stedelijke keuren of reglementen. In het eerste arrest gaat het om de overtreding van een bepaling uit het Reglement voor de broodbakkers van Den Haag. In het tweede arrest was een bepaling uit het Stedelijk Reglement van de stad Nijmegen overtreden.

In art. 7 van het Reglement voor de broodbakkers te 's-Gravenhage van 24 juli 1821 was bepaald welk soort brood welk gewicht moest hebben.⁵⁰⁹ Overtreding van art. 7

⁵⁰⁷ Vrij 1930, p. 2.

⁵⁰⁸ Vrij 1930, p. 2-3, zie ook Van Deinse 1860, p. 147-148 en Schooneveld 1855, p. 3. Ze noemen allemaal ongeveer dezelfde arresten waaruit zou blijken dat de Hoge Raad de leer van het materiële feit aanvaardde (waarvan er hierna een aantal besproken worden).

⁵⁰⁹ Ik heb het Reglement zelf niet kunnen vinden; deze weergave van de regeling is afgeleid uit de gepubliceerde uitspraken in deze zaak van de kantonrechter te Den Haag, W 289, en de uitspraak van de rechtbank Den Haag en de uitspraak van de Hoge Raad gepubliceerd in W 293.

was strafbaar gesteld in art. 13 van hetzelfde Reglement. Er was pas sprake van een overtreding wanneer het brood minder woog dan toegestaan en dat ondergewicht meer was dan de toegestane procentuele marge ('rabat'). Als het brood minder woog dan toegestaan was art. 7 overtreden en kon de bakker worden bestraft met een boete van *f* 12, *f* 24, *f* 36, *f* 48 of *f* 50. Daarnaast kon de rechter een gevangenisstraf opleggen van maximaal drie dagen. Behalve de hoogte van de straf, bepaalde art. 13 ook dat de rechter de straf kon verminderen 'naar bevind van zaken en naarmate het meer of minder opzet'.

In het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad van 8 februari 1842 stond de veroordeling centraal van vier bakkers uit Den Haag. Deze bakkers, Florijn, Smit, Vos en Van Dongen, waren door de rechtbank veroordeeld omdat zij broden in hun winkels hadden die minder wogen dan de broodzetting voorschreef.⁵¹⁰ Voor de kantonrechter werd naar voren gebracht dat het ondergewicht van het brood was ontstaan doordat die broden 'te hard' gebakken waren en daardoor het ondergewicht zou zijn ontstaan. In dit verweer ligt volgens mij besloten dat de broodbakkers zich beriepen op dwaling omtrent het werkelijke gewicht van het brood nadat het gebakken was. Zij wisten waarschijnlijk wel dat een brood dat hard gebakken is, minder weegt dan een brood dat niet hard gebakken is, maar zij wisten niet dat deze broden door het hard bakken buiten de toegestane afwijkingen van het gewicht vielen. De twee keurmeesters die de politiecommissaris op zijn inspectie hadden vergezeld, waren ook broodbakker en hadden verklaard dat de broden voordat zij de oven in waren gegaan, waarschijnlijk wel het voorgeschreven gewicht hadden gehad. In elk baksel konden gemakkelijk een paar te hard gebakken zijn, hadden zij verklaard. Dit kwam volgens hen doordat het onmogelijk was om een oven overal op een gelijke warmte te stoken.⁵¹¹ De commissaris van politie die voor de kantonrechter optrad namens het Openbaar Ministerie, meende echter dat die gewichtsverschillen door de rabat (toegestane procentuele marge) werden opgevangen. Omdat het vastgestelde gewichtsverschil groter was dan die marge was de verklaring dat de broden te hard gebakken zouden zijn niet afdoende:

⁵¹⁰ HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood). Het ging steeds om enkele broden per bakker die iets te weinig wogen: Bij de eerste gedaagde waren er twee witte broden van 1 pond die elk 2 loden (20 g) te weinig wogen. Ook had hij één wit brood dat 1½ lood te weinig woog. Bij de tweede gedaagde waren er acht witte broden van 5 ons (500 g) die elk 2 loden te licht waren en 3 witte broden van 5 ons die elk 4 loden te licht waren. Bij de derde gedaagde was er één roggebrood van 2 pond dat 5 loden te licht was. Bij de vierde gedaagde tenslotte was één witbrood van 1 pond 4 loden te licht, één witbrood van 1 pond 2 loden te licht en één witbrood van 5 ons 2 loden te licht. Het ging dus bij elke bakker om slechts een paar broden met relatief kleine afwijkingen van het voorgeschreven minimumgewicht, zoals een afwijking van 20 g op een brood van 500 g.

⁵¹¹ Kantongerecht Den Haag 12 augustus 1841, W 289.

‘[B]ovendien is bij het reglement wel degelijk op het inbakken der brooden gerekend. Van daar het rabat, hetwelk ten voordeele van de bakkers bij hetzelfde is gesanctionneerd. In die bepaling vindt de broodbakker den zekersten waarborg, dat hij voor het hard bakken of andere abuizen, hoe ook genaamd, ter goeder trouw begaan, niet kan worden gecalanceerd [bekeurd], (...).’⁵¹²

De commissaris van politie eiste op basis van art. 7 jo art. 13 van het Reglement dat de bakkers boetes van f 12,- respectievelijk f 36,- zouden krijgen. De kantonrechter ontsloeg de broodbakkers echter van alle rechtsvervolging, overwegende:

‘[D]at er in de winkel van respectieve gedaagden te ligt gebakken brood is bevonden, dit echter nog geenszins voldoende is, om op de ged. eenige strafbepaling te kunnen toepassen, daar uit art. 13 van het reglement voor de broodbakkers te ’s Gravenhage ten duidelijkste blijkt, dat dan eerst het vinden van te ligt brood in de winkels van de broodbakkers met geldboete en straffen wordt bedreigd, wanneer broodbakkers met opzet zich aan het bakken van te ligt brood hebben schuldig gemaakt;

O. dat er, ten aanzien der gedaagden, aan geen opzet te denken valt:

1. wanneer men het klein getal van de te ligt bevonden brooden vergelijkt met de in hunne winkels aanwezige broden, en welke alle ruim aan het gewigt beantwoorden;
2. wanneer men in aanmerking neemt, dat van de te ligt gebakken brooden, sommige hard waren gebakken, andere weder geheel verbrand, en dat de deskundigen zelve verklaren dat deze brooden bij de kneding aan het gewigt zullen hebben voldaan; (...)

Verklaart dat de aan den ged. bij dagvaarding ten laste gelegde feiten, geene overtreding daarstellen, en ontslaat hen dien ten gevolge van alle regtsvervolging te dier zake, (...).’⁵¹³

Volgens de kantonrechter kon alleen de opzettelijke overtreding van het Reglement bestraft worden, dus ontsloeg hij de verdachten van alle rechtsvervolging. Tegen deze uitspraak ging het Openbaar Ministerie in hoger beroep, omdat gebrek aan opzet volgens het OM wel tot strafvermindering, maar niet tot straffeloosheid kon leiden:

‘dat het bovengenoemde reglement [voor de broodbakkers] boeten en straffen stelde op het enkele feit, dat te ligt brood bij de broodbakkers bevonden wordt,

⁵¹² Kantonrechter Den Haag 12 augustus 1841, W 289.

⁵¹³ Kantonrechter Den Haag 12 augustus 1841, W 289.

terwijl, zoo er van meer of minder opzet blijkt, zulks wel tot vermindering van straf, maar niet tot algeheele kwijtschelding kan aanleiding geven.⁵¹⁴

De rechtbank onderzocht de voorwaarden voor toepassing van art. 13 van het Reglement en overwoog dat minder opzet of het ontbreken van opzet niet kon leiden tot straffeloosheid, maar wel tot vermindering van de straffen:

‘O. dat het art. 13 in eenen gezonden zin uitgelegd, niet anders kan bedoelen dan vooreerst het maximum te bepalen van verschillende boeten en gevangenisstraffen voor verschillende gevallen bedreigd; ten anderen den regter den bevoegdheid te geven dat bedreigde maximum te verminderen, indien hij daartoe aanleiding vindt, en inzonderheid ook, naarmate er mogt blijken dat er meer of minder opzet plaats heeft eene meerdere of mindere boete of straf op te leggen, welk evenwel het bepaald maximum nimmer zal mogen overschrijden;⁵¹⁵

Dat art. 13 de rechter de mogelijkheid bood om de straf te verminderen, betekende volgens de rechtbank dus niet dat de rechter ook bevoegd was om helemaal geen straf op te leggen en een ontslag van alle rechtsvervolging uit te spreken:

‘O. dat (...) de beperkte bevoegdheid, aan den regter in de laatste zinsnede gegeven, om de straffen, bij meer of minder blijkbaar opzet, slechts te verminderen, geheel en al het denkbeeld uitsluiten, alsof de regter, wanneer er niet blijkt van opzet, de toepassing der straf geheel zou kunnen nalaten; O. integendeel dat daaruit noodwendig volgt: dat de regter de bedreigde straffen moet uitspreken, wanneer slechts het enkele feit dat het brood bij den bakker te ligt bevonden is, consteert, ook al is er geen blijk van eenig opzet, maar dat hij dezelve kan verminderen, naar gelang van den minderen graad van opzet, die blijken mogt bij den overtreder te hebben bestaan;⁵¹⁶

De kleine afwijkingen in het gewicht en het beperkte aantal broden dat te weinig woog ten opzichte van het aantal broden dat de bakkers in hun winkels hadden liggen, bracht de rechtbank tot de slotsom dat er bij geen van de verdachten sprake was van

⁵¹⁴ Rechtbank Den Haag zoals weergegeven in HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood).

⁵¹⁵ Rechtbank Den Haag zoals weergegeven in HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood).

⁵¹⁶ HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood).

opzet.⁵¹⁷ Aangezien het ontbreken van opzet geen grond was voor straffeloosheid, veroordeelde de rechtbank de broodbakkers tot boetes van f 3,- respectievelijk f 6,-.⁵¹⁸

De bakkers stelden beroep in cassatie in. Het eerste cassatiemiddel klaagde over de verkeerde toepassing van art. 13 van het Reglement. Het doel van de strafbepaling zou zijn om het massaal verkopen van brood van minder dan het voorgeschreven gewicht te bestraffen, niet het verkopen van een enkel brood dat te weinig woog. Het tweede middel stelde dat uit het bepaalde in art. 13, dat bij meer of minder blijken van opzet de straf of boete kon worden verminderd, moest worden afgeleid: '*geen opzet, geen straf of boete*.'⁵¹⁹

A-G Deketh meende dat de zaak juridisch van weinig belang was. Het eerste middel werd volgens hem weerlegd door art. 7 van het Reglement, dat met zoveel woorden bepaalde dat ieder brood het minimumgewicht moet hebben. Wat betreft het tweede middel, inhoudend dat het ontbreken van opzet tot straffeloosheid zou moeten leiden, wees hij erop dat overtredingen geen opzet vereisten voor strafbaarheid: het materiële feit was voldoende.⁵²⁰ De wijze waarop het ondergewicht was ontstaan, was volgens hem voor de vraag of een boete moest worden opgelegd niet van belang. Uit de uitspraak van de rechtbank bleek duidelijk dat het ondergewicht bij de broden was bewezen en dus moest een boete worden opgelegd: de cassatiemiddelen moesten worden verworpen.

Ook de Hoge Raad verwierp de cassatiemiddelen. Het eerste middel, dat stelde dat ondergewicht alleen bestraft zou moeten worden als het hele baksel te lichte broden had, diende het doel van de strafbepaling niet: het waarborgen van de kwaliteit van elk brood.⁵²¹ Ten aanzien van het tweede cassatiemiddel, dat betoogde dat het ontbreken van opzet tot straffeloosheid zou moeten leiden, overwoog de

⁵¹⁷ Rechtbank Den Haag zoals weergegeven in HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood).

⁵¹⁸ Ten opzichte van de namens het OM geëiste boetes van f 12,- en f 36,-, heeft de rechtbank de boetes dus aanzienlijk verminderd.

⁵¹⁹ HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood) cursivering origineel.

⁵²⁰ HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood): 'dat het een erkend beginsel bij politie-overtredingen en belasting was, dat om eene overtreding daar te stellen, het feit geconstateerd was, al bleek er niet van kwade trouw. Maar bovendien het slot van art. 13 bedreigde boeten van f 12,- en zoo opklimmende tot f 50,- en gevangenisstraf van 3 dagen, al naar gelang het gewigt dat ontbreekt; (...).'

⁵²¹ HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood): 'Ten aanzien van het eerste middel van cassatie (...) dat bij art. 7 en volgg. van het gemelde reglem. op welke overtreding bij art. 13 van hetzelfde, geldboeten en straffen zijn gesteld, niet het gewigt van meer brooden te zamen genomen, maar het gewigt van ieder brood op zich zelf is bepaald, gelijk dan ook niet het brood in massa bij eenen broodbakker voorhanden, maar in den regel ieder brood op zichzelf wordt verkocht, en alzoo het belang der ingezetenen de bepaling van het gewigt van ieder brood op zich zelf vordert.'

Hoge Raad dat de feitelijke vaststelling dat een voorschrift was overtreden voldoende was voor het opleggen van een boete. Dat betekende echter niet dat de wet de rechter ook de mogelijkheid bood om in het geheel geen straf op te leggen:

‘Ten aanzien van het tweede middel van cassatie (...) dat niet alleen in het algemeen in zaken van politie de overtreding van bepaalde voorschriften en verbodswetten op zich zelve voldoende is om de daarop gestelde strafbepalingen toe te passen; maar dat ook de aangehaalde woorden in het slot van art. 13 van het meergemeld reglem. alleen in dien zin kunnen worden opgevat dat de bij dat art. bedreigde geldboeten (...) zelfs met bijvoeging van gevangenisstraf, naar bevind van zaken, kunnen worden verminderd, en bij een minder blijkbaar opzet zoo laag gesteld als bij het aangevallen vonnis (...) heeft plaatsgehad.’⁵²²

De Hoge Raad laat de rechter weinig ruimte: zonder opzet kan de straf wel (sterk) verminderd worden, maar dat betekent niet dat geen straf opleggen ook tot de mogelijkheden zou behoren.

In het tweede arrest over brood en dwaling ten aanzien van de feiten had een verkoper van rogge een fout gemaakt bij de opgave van de prijs die hij ontvangen had voor een mud rogge. Tot het opgeven van de prijs van de rogge was hij verplicht op grond van het Stedelijk Reglement van de stad Nijmegen op de verkoop van het brood en het werk der broodzetting van 3 juli 1843. Dit stedelijk Reglement was een uitwerking van het Koninklijk Besluit van 15 april 1843 over de verkoop van brood en de broodzetting. Op grond van dit Besluit moest een gemeentebestuur de prijs van het brood voor dagelijks gebruik bepalen. Hiervoor was onder andere de prijs van het graan van belang, zo blijkt uit art. 9 van het Besluit.⁵²³

Art. 9 Koninklijk Besluit van 15 april 1843

Het regelen der zetting zal met de grootste naauwkeurigheid en naar de beginselen van billijkheid en regtvaardigheid geschieden.

Bij die regeling zullen als gronden in aanmerking komen:

- a. De hoeveelheid ponden broods welke een mud graan oplevert;
- b. De kosten, die vereischt worden om het graan tot brood te verbakken;
- c. Eene, naar billijkheid vast te stellen, winst voor den bakker, waarbij echter in geenen deele mag gelet worden op het getal bakkers, in de stad of gemeente aanwezig;

⁵²² HR 8 februari 1842, W 293 (Te hard gebakken brood).

⁵²³ Koninklijk Besluit van 15 april 1843, Stbl. 13, houdende nadere algemeene bepalingen noopens den verkoop van het brood en het werk der broodzetting.

- d. De prijs van het graan; en
- e. De rijks- en plaatselijke belastingen op het gemaal.

Ter vaststelling van den grondslag, onder litt. d vermeld, zullen strekken de gemiddelde prijzen, tot welke de granen van zoodanige soort en hoedanigheid als de bakkers, in iedere stad en gemeente, over het algemeen bezigen, op die markt of markten, waar zij zich gewoonlijk van graan voorzien, en op den laatstelijk aan de regeling der zetting voorafgaanden marktdag, verkocht zijn.

Ter uitwerking van art. 9 van het Besluit bepaalde art. 11 van het Stedelijk Reglement van de stad Nijmegen dat kopers en verkopers van graan op de markt verplicht waren om aan de commissaris van politie op te geven de soort, de prijs en de hoeveelheid van de granen die zij hadden gekocht of verkocht. Op grond van art. 18 van hetzelfde Stedelijk Reglement was onwil of misleiding bij het voldoen aan de verplichting in art. 11 omschreven strafbaar als een overtreding.

In casu had A., smid van beroep, aan de commissaris van politie een hogere prijs per mud rogge opgegeven dan waarvoor hij de rogge werkelijk had verkocht.⁵²⁴ Op de markt in Nijmegen had hij vijf mud rogge verkocht voor f 7,75 per mud, terwijl hij aan de commissaris van politie had opgegeven dat hij die rogge voor f 8,- per mud had verkocht.⁵²⁵ Voor deze onjuiste prijsopgave werd hij vervolgd, omdat het opgeven van een onjuiste prijs leidde tot misleiding van het stadsbestuur. A stelde dat hij zich had vergist en dat er geen kwade wil in het spel was en dat de bedoeling om te misleiden bij hem ontbrak.

De kantonrechter te Nijmegen ontsloeg A. op 12 december 1845 van alle rechtsvervolging. De rechtbank te Nijmegen veroordeelde A. in hoger beroep echter tot een boete van f 0,50, plus de proceskosten. Daarbij overwoog de rechtbank dat het gemeentebestuur ook zonder dat A daartoe het opzet had, door de verkeerde prijsopgave was misleid:

‘[D]at het woord misleiding niet noodzakelijk medebrengt dat er bedrog gepleegd zij, zoo zelfs dat indien het in casu al bewezen mogt zijn, dat de beklaagde niet opzettelijk die verkeerde opgave gedaan heeft, artikel 11 evenwel van toepassing zoude zijn, aangezien er in alle gevallen misleiding

⁵²⁴ HR 28 april 1846, W 732, Van den Honert, Gemengde zaken 4, p. 229 e.v. (Prijs mud rogge). Een mud was een graanmaat en de omvang van een mud verschilde per plaats: in Groningen was een mud 92 liter, in Den Bosch 300 liter, zie het gedigitaliseerde overzicht naar aanleiding van het boek ‘De oude Nederlandse maten en gewichten’ van J.M. Verhoeff uit 1982 op de website van het Meertens Instituut van de KNAW (<http://www.meertens.knaw.nl/mgw/>).

⁵²⁵ Van der Vliet gaat er van uit dat de verdachte volkomen te goede trouw was en hij zich gewoon vergist heeft. Van der Vliet 1884, p 14, zie ook hierna hoofdstuk 5, par. 3.2. Hoewel er geen reden is om aan die verklaring te twijfelen, kon de hogere prijs van de rogge leiden tot een hogere broodprijs.

van het bestuur heeft plaats gehad, hetwelk door de verkeerd gedane opgave van den beklaagde in dwaling gebragt is geworden omtrent den werkelijken prijs van den door denzelfven verkochte hoeveelheid rogge;⁵²⁶

Naar aanleiding van deze uitspraak stelde A cassatieberoep in. A-G Arntzenius schreef in zijn conclusie dat hij van mening was dat de bedoeling waarmee een onjuiste prijs werd doorgegeven, niet relevant was voor het veroorzaken van het gevolg, namelijk dat door het doorgeven van die onjuiste prijs, het gemeentebestuur onjuist was geïnformeerd en dus misleid:

‘Overwegende dat (...) in facto als wettelijk bewezen daadzaak is aangenomen, dat de requirant eene verkeerde, eene hoogere opgave van den prijs van verkocht graan aan het politie-bestuur had gedaan, dan werkelijk door hem was genoten;

Overwegende, dat zoowel de letter als de geest van het genoemde Reglement medebrengen, dat die opgave van koopers en verkoopers van graan moet dienen tot vaststelling van den grondslag waarop de prijs van het graan zal worden geconstateerd, volgens het Koninklijk Besluit van den 15 April 1843 (...);

Overwegende, dat in verband met die letter en dien geest der wet, de woorden onwil en misleiding, welke als overtreding zullen worden gestraft, niet anders kunnen worden opgevat en uitgelegd, dan onwil, als weigering om die opgave te doen, waarvan in casu geen quaestie is, en misleiding, als het doen van een niet met de waarheid overeenkomstige, eene onwaarachtige opgave, die door dat onwaarachtige noodwendig moet strekken om dat bestuur te misleiden;

Overwegende, dat bij politie-overtredingen als de onderhavige, de *dolus* niet opzettelijk vereischt wordt, maar de materiële daad genoegzaam is, welke in casu dáárin bestond, dat de requirant eene verkeerde, eene onwaarachtige opgave heeft gedaan, waardoor werkelijk het bestuur is misleid, zoodat, eens die onwaarachtige opgave als bewezen aangenomen zijnde, er niet meer behoeft te worden onderzocht naar de goede of kwade trouw van den requirant;⁵²⁷

Volgens Arntzenius was een prijsopgave waarvan was vastgesteld dat die onjuist was, door zijn onjuistheid een misleiding. De bewezenverklarde feiten waren daarom strafbaar als misleiding, ook al had de verdachte zich vergist en was er van een kwade bedoeling geen sprake.

⁵²⁶ De Hoge Raad citeerde hier de overwegingen van de rechtbank Den Haag, HR 28 april 1846, Van den Honert, Gemengde zaken 4, p. 233 (Prijs mud rogge).

⁵²⁷ Conclusie A-G Arntzenius bij Hoge Raad 28 april 1846, Van den Honert, Gemengde zaken 4, p. 230-231 (Prijs mud rogge).

De Hoge Raad bevestigde het oordeel van de rechtbank dat door het verstrekken van onjuiste informatie de overtreding tot stand was gekomen:

‘Overwegende, dat het overtreden van eenig verbod of het nalaten van eenig voorschrift, vervat in een Reglement van politie als het onderhavige, ook dan zelfs wanneer zonder boos opzet is gehandeld, grond tot toepassing van de bedreigde straf oplevert, en dat alzoo, wanneer van het bestaan van de materiële daad blijkt, niet behoeft onderzocht te worden, of de dader ter goeder of ter kwader trouw gehandeld heeft;’⁵²⁸

Variaties op deze overweging zijn in veel arresten over de strafbaarheid van overtredingen uit deze tijd terug te vinden.⁵²⁹ Over de bestraffing van het doorgeven van onjuiste informatie als misleiding, overwoog de Hoge Raad:

‘[D]at bovendien de bepaling van het slot van artikel 11 van het toegepaste Reglement, dat misleiding als overtreding zal gestraft worden, in dien zin behoort te worden opgevat, dat wanneer in de opgaaf van de soort, prijs en hoeveelheid van het verkochte graan zoodanige onnaauwkeurigheden hebben plaatsgehad, dat daardoor dwalingen bij het regelen der broodzetting moeten worden te weeg gebracht, die verkeerde opgaaf even als het verzuim van alle opgaaf (...) behoort te worden gestraft, (...).’⁵³⁰

Niet het opzettelijk misleiden werd door art. 11 bestraft, maar de onnaauwkeurige opgave van de prijs van de rogge, omdat die zou leiden tot een op een onjuiste grondslag vastgestelde broodprijs. Of de prijs door opzettelijk of door per ongeluk onjuist verstrekte informatie tot stand kwam, deed voor het ontstaan van aansprakelijkheid wegens deze overtreding niet ter zake. Het per ongeluk doorgeven van een verkeerde prijs kon niet leiden tot straffeloosheid, maar bij de bepaling van de straf werd duidelijk wel rekening gehouden met het ontbreken van opzet: A kreeg een boete van slechts f 0,50 (en een veroordeling in de proceskosten).

3.4.3. Dwaling ten aanzien van het recht

Overtredingen van ter plaatse geldende bijzondere wet- en regelgeving kwamen regelmatig voor. Het verweer dat de verdachte ter plekke niet bekend was en daarom

⁵²⁸ Hoge Raad 28 april 1846, W 732, Van den Honert, Gemengde zaken 4, p. 233 (Prijs mud rogge).

⁵²⁹ Vgl. Van Deinse 1860, p. 147. Zie ook Vrij 1930, p. 2-3. Beiden verwijzen naar een aantal arresten van de Hoge Raad uit de periode 1840-1848 waaronder HR 16 november 1841 (Voortbomen langs de gracht), HR 8 februari 1842 (Te hard gebakken brood), HR 10 februari 1846 (Eenrichtingsverkeer).

⁵³⁰ Hoge Raad 28 april 1846, W 732, Van den Honert, Gemengde zaken 4, p. 233 (Prijs mud rogge).

ook niet op de hoogte was van de geldende regels, werd dan ook regelmatig naar voren gebracht. Uit de vele voorbeelden heb ik twee arresten geselecteerd over ‘verkeersovertredingen’ die strafbaar waren op basis van lokale Keuren. In het eerste arrest boemde de verdachte met zijn vaarttuig aan de verkeerde kant van de gracht in Den Haag, in het tweede arrest reed de verdachte in Amsterdam in een steeg met eenrichtingsverkeer tegen de rijrichting in. In beide gevallen beweerden de verdachten dat zij ter plekke niet bekend waren en niet in de gaten hadden gehad dat ze een verkeersregel overtraden.

In het eerste arrest boemde B, assistent-doodgraver, langs de buitenzijde van de Prinsessegracht in Den Haag. Dat was in strijd met het bepaalde in art. 19 van de plaatselijke verordening van Den Haag (hierna: de Keur).⁵³¹ De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad concludeerde dat de kantonrechter in Den Haag B van alle rechtsvervolgving had ontslagen op de volgende gronden:

‘[D]at de Heer Kantonregter bij meergenoemd vonnis heeft verklaard dat dit feit geene overtreding daarstelde: 1) op grond dat deze overtreding door anderen zeer menigvuldig en straffeloos gepleegd wordt, en 2) op grond van de goede trouw van den gedaagde, aangezien deze niet binnen de stad 's Gravenhage woonachtig [was], en alzoo de bedoelde Keur op hem niet van toepassing zoude zijn’⁵³²

Aangezien was beslist dat B zijn vaarttuig langs de buitenzijde van de Prinsessegracht had voortgeboemd, stelde de Procureur-Generaal dat de uitspraak van de kantonrechter in het belang der wet moest worden vernietigd wegens strijd met de ‘eerste en eenvoudige beginselen van rechte’ en het wettelijk voorschrift van art. 19 van de Keur.

In zijn conclusie overwoog A-G Deketh dat het feit dat een bepaald voorschrift vaak wordt overtreden, nooit een argument kon zijn voor straffeloosheid.⁵³³ Dat gold ook voor onbekendheid met de ter plaatse geldende regelgeving:

‘[D]at noch de goede trouw, noch de onwetendheid ooit eenen afdoenden en wettigen grond kunnen opleveren, om eene verordening van politie niet toe te passen, gelijk men dit onder anderen zeer juist vindt opgemerkt bij Carnot (...).

⁵³¹ Keur van de stad 's Gravenhage van 22 maart 1841.

⁵³² Kantonrechter Den Haag 22 juli 1841, zoals weergegeven in HR 16 november 1841, Van den Honert, Strafrecht 6, p. 170 en 173 (Voortbomen langs de gracht).

⁵³³ Conclusie A-G Deketh; HR 16 november 1841, Van den Honert, Strafrecht 6, p. 169-172 (Voortbomen langs de gracht).

Overwegende al verder, dat deze regterlijke beslissing, gegrond op de onwetendheid van eenen beklaagde, niet alleen van ver uitzijnde gevolgen is in de toepassing, daar het aan alle vreemdelingen straffeloosheid wegens overtredingen van plaatselijke politie zoude waarborgen, maar ook ten eenemale in strijd is met het stellig en duidelijk voorschrift der wet, vervat in art. 8 van de algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk, luidende: dat de strafwetten en de verordeningen van politie verbindende zijn voor allen, die zich op het grondgebied van het koninkrijk bevinden (...);⁵³⁴

Bovendien vreesde Deketh dat navolging van de uitspraak van de kantonrechter ongewenste en verregaande consequenties kon hebben voor de handhaving van de plaatselijke verordeningen. Als extra argument voor de aansprakelijkheid van B voerde Deketh aan dat B helemaal geen vreemdeling was die niet op de hoogte kon zijn van de lokaal geldende regelgeving, want hij woonde ‘onder Den Haag’. Omdat het om cassatie in het belang der wet ging, concludeerde de A-G tot vernietiging van het vonnis van de kantonrechter, met behoud van verkregen rechten.⁵³⁵ De Hoge Raad overwoog in lijn met de conclusie van Deketh dat de kantonrechter met zijn vonnis zowel een algemeen beginsel van (straf)recht als een wettelijk voorschrift had geschonden:

‘Overwegende toch, dat het menigvuldig plegen van eenig misdrijf nimmer hetzelve kan verschonen of straffeloosheid kan teweegbrengen, maar veeleer ten gevolge moet hebben, de verbodswet met klem en nadruk toe te passen; Overwegende bovendien, dat noch de goede trouw, noch de onwetendheid ooit eenen afdoende grond kunnen opleveren, om eene verordening van politie niet toe te passen, wanneer dezelve behoorlijk en op de gewone wijze is afgekondigd en bekend gemaakt, gelijk zulks ten opzichte van bovengemelde Keur is geschied, en zulks uitdrukkelijk is bepaald bij artikel 8 der Wet houdende algemeene bepalingen van wetgeving voor dit Koninkrijk; Overwegende, dat mitsdien bij het aangeklaagde vonnis niet alleen is geschonden een algemeen en erkend beginsel van het regt, maar bovendien een stellig voorschrift der wet, vervat in voormeld artikel 8, en dat alzoo artikel 19 der stedelijke Keur te ’s Gravenhage, van den 22 Maart 1841, te deze is geschonden; (...)

⁵³⁴ Conclusie A-G Deketh; HR 16 november 1841, Van den Honert, Strafrecht 6, p. 170-171 (Voortbomen langs de gracht).

⁵³⁵ Conclusie A-G Deketh; HR16 november 1841, Van den Honert, Strafrecht 6, p. 172 (Voortbomen langs de gracht).

Vernietigt, in het belang der wet, het vonnis van het Kantongerecht te 's Gravenhage, echter zonder dat daardoor aan de regten, door den gerequireerde verkregen, eenig nadeel zal kunnen toegebracht worden.⁵³⁶

De Hoge Raad vernietigde het arrest van de kantonrechter, overwegende dat onbekendheid met de geldende regelgeving geen grond voor straffeloosheid was.⁵³⁷

Het arrest over het eenrichtingsverkeer betreft een uitspraak van de Hoge Raad van 10 februari 1846.⁵³⁸ Net als in het 'Bomen langs de gracht'-arrest ging het ook hier om een verdachte die een bepaling had overtreden uit een plaatselijke verordening. De verdachte was de veehouder C. uit Diemen. Hij werd vervolgd omdat hij 'te Amsterdam door eene der straten of stegen dier stad [heeft] gereden in eene verbodene rigting.' Van de Nieuwendijk was hij met een bespannen wagen de Oude Brugsteeg ingereden. Het vanaf de Nieuwendijk inrijden van de Oude Brugsteeg was verboden op grond van de Keur van de stad Amsterdam van 21 februari 1715, die in herinnering was gebracht door een Kennisgeving van 17 mei 1844. Deze luidde:

'Dat alle wagens en sleden, komende van 't Water, zullen moeten rijden door de Oude Brugsteeg, en dat de wagens en sleden, komende van den Nieuwendijk, zullen moeten rijden door de Vrouwesteeg, zonder dat zij zullen vermogen in de eene ofte andere steeg stil te staan, ten sij aen de huijsen in de steegen staande, iets hadden op te nemen, of af te geven, op poene van f 3 telken mael bij dengene te verbeuren, die deze contrarie zal hebben gedaan, en zullen de wagens, paarden en sleden voor de boetens dadelijk aangehouden moeten worden.'⁵³⁹

De kantonrechter ontsloeg C. op 27 oktober 1845 van alle rechtsvervolging, omdat C. zijn onbekendheid met de Keur niet kon worden toegerekend. C. woonde niet in Amsterdam, maar in Diemen. Bovendien had een teken bij de ingang van de Oude Brugsteeg ontbroken.⁵⁴⁰ De kantonrechter had daarom gemeend dat zijn onbekendheid met de lokale verkeerssituatie C. niet toegerekend kon worden:

'[D]at bij het beklaagde vonnis is aangenomen, dat de gerequireerde op den 21 julij 1845, omstreeks half twee ure, is bevonden in verboden rigting rijdende door de Oude Brugsteeg binnen Amsterdam, in overtreding der stedelijke Keur (...) en dat hij daarbij te dier zake van alle regsvervolging is ontslagen

⁵³⁶ HR 16 november 1841, Van den Honert, Strafrecht 6, p. 173-174 (Voortbomen langs de gracht).

⁵³⁷ Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 181-182; Strijards 1983, p. 51-54, met name p. 53.

⁵³⁸ HR 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken 4, p. 42-50 (Eénrichtingsverkeer).

⁵³⁹ HR 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken 4, p. 42-43 (Eénrichtingsverkeer).

⁵⁴⁰ Deze rechtsdwaling was dus ook een feitelijke dwaling (of andersom).

op grond, dat dit feit geene overtreding oplevert, dewijl hij, buiten de stad Amsterdam wonende, en zijn bedrijf niet binnen dezelve uitoefenende, niet kan verbonden zijn door plaatselijke verordeningen omtrent de wijze van rijden door zekere bepaalde straten der stand, zonder dat daarvan eenig teeken aan den ingang dier straten te zien is, zoodat hij zich niet ten onregte op zijne onbekendheid met het aangehaalde stedelijk Reglement beroepen heeft'.⁵⁴¹

De kantonrechter concludeerde dat de overtreding C. niet kon worden toegerekend en sprak een ontslag van alle rechtsvervolging uit. Het Openbaar Ministerie tekende cassatie aan, omdat het van mening was dat art. 8 van de Wet, houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk (hierna: de Algemene Wet) was geschonden.

Art. 8 van de Algemene Wet

'De strafwetten en verordeningen van politie zijn verbindende voor allen, die zich op het grondgebied van het Koninkrijk bevinden'

C. pleitte bij de Hoge Raad voor verwerping van het cassatieberoep. Daarbij betoogde hij dat art. 8 van de Algemene Wet in casu niet van toepassing was en dat dit (ook) bleek uit art. 65 CP. Volgens hem had het vermoeden in art. 8 van de algemene Wet alleen betrekking op *crimes* en *délits* en gold het niet voor politie-overtredingen. Aan de bewoordingen van art. 65 CP ontleende hij de stelling dat de beperkingen die uit dit artikel voortvloeiden ten aanzien van het verminderen van straf alleen golden voor *crimes* en *délits* ('*Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigé (...)*'), maar niet voor *contraventions*.⁵⁴² Dat betekende volgens hem dat elke grond ten aanzien van een overtreding tot strafvermindering of straffeloosheid kon leiden, dus ook goede trouw.⁵⁴³

A-G Arntzenius constateerde dat de uitspraak van de kantonrechter blijk gaf van een onjuiste toepassing van de wet, omdat hij de verdachte had moeten vrijspreken als hij van oordeel was dat de gedraging niet toerekenbaar was.⁵⁴⁴ Echter, de A-G was van mening dat C.'s onbekendheid met het eenrichtingsverkeer in de Brugsteeg

⁵⁴¹ HR 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken 4, p. 49 (Eénrichtingsverkeer).

⁵⁴² Zie over art. 65 CP Hoofdstuk 3, par. 3.2.

⁵⁴³ Deze lezing van art. 65 CP komt niet overeen met de manier waarop het *Cour de cassation* die bepaling interpreteerde, zie Hoofdstuk 3 par. 3.2.

⁵⁴⁴ Vonnis Kantonrechter Amsterdam, 27 oktober 1845, zoals weergegeven in HR 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken 4, p. 43 en 49 (Eénrichtingsverkeer): '[T]egen de bewezen daad is wel degelijk straf bedreigd, het is wel zeker eene overtreding van eene keur, maar de regter zegt, hij is den overtreder niet toerekenbaar, omdat hij de keur niet kende. Die niet-toerekenbaarheid maakt den overtreder in eenen juridieken zin niet schuldig, even als ten aanzien van daden gepleegd en *démence, par force majeure*, door kinderen beneden de zestien

niet onbegrijpelijk was, maar geen grond kon opleveren voor een ontslag van alle rechtsvervolging of een vrijspraak. Dat was in strijd met art. 8 van de Algemene Wet. Arntzenius voegde daaraan toe dat anders dan C. had betoogd, die bepaling betrekking had op alle wetgeving en dus ook op de lokale verordeningen. Die laatste werden in art. 8 zelfs expliciet genoemd:

‘Wat is duidelijker, dan de woorden van art. 8 der Wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving? (...) [Z]onder vermenging van woorden, kan men hier niet alléén aan algemeene *landswetten* denken; – *verordeningen van politie* is wel de algemeenste benaming, die men vinden kan. Het geldt hier eene *verordening van politie*, en de overtreder bevond zich op het grondgebied van het Koninkrijk.’

Het vermoeden dat in art. 8 werd gevestigd, namelijk dat iedereen bekend werd geacht te zijn met alle in het Koninkrijk geldende wetten, bracht met zich mee dat ook C. werd geacht bekend te zijn met de Keur. In deze casus pakte dat vermoeden echter wel erg hard uit, constateerde de A-G:

‘Het beginsel is uiterst regtskundig (...) Het kan somtijds hard zijn, als in casu, maar een tegenovergesteld principe van onderzoek naar bekendheid met de wet leidt tot veel nadeeliger consequentiën. Ik citeer ten dien aanzien alleen onze stedelijke en plaatselijke belastingen, en vraag het, of de wetgever niet eene bepaling, als die van artikel 8 der algemeene bepalingen heeft moeten vaststellen, wilde hij niet alle werking der plaatselijke verordeningen verlammen. (...)’

En wat nu betreft de onbekendheid van den gerequireerde met de keur, zoo is het een vaste regel, dat wanneer de strafbepalingen eenmaal behoorlijk zijn afgekondigd en ter kennis van de ingezetenen gebragt op de bij de wet voorgeschrevene wijze, alsdan iedereen gecenseerd wordt ze te kennen en elk [wordt] verbonden.⁵⁴⁵

De juridische constructie van art. 8 van de Algemene Wet was noodzakelijk om de handhaving van de plaatselijke verordeningen niet volledig te frustreren. Dat bracht de A-G tot de slotsom dat C. weliswaar niet had geweten dat hij een overtreding beging, maar dat hij op grond van art. 8 van de Algemene Wet wel geacht werd dit te hebben geweten. Het belang achter het vermoeden in art. 8 van de Algemene Wet was te groot om daar voor C. een uitzondering op te maken. Dat betekende dat C.

jaren, zonder oordeel des onderscheids enz. Het gevolg daarvan moet eene vrijspraak zijn; geen ontslag van rechtsvervolging.’

⁵⁴⁵ Conclusie A-G Arntzenius; HR 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken 4, p. 44-46 (Eénrichtingsverkeer).

niet op grond van het ontkennen of weerleggen van het vermoeden dat hij op de hoogte was van de bepaling over het eenrichtingsverkeer, vrijuit kon gaan.

Dat C. had gedwaald, stond dus niet aan aansprakelijkheid in de weg. Noch verschoonbare dwaling, noch een andere grond voor verontschuldiging werd door de toepasselijke regelgeving (in casu de Keur) aangemerkt als grond voor ontheffing van aansprakelijkheid of voor verlaging van de straf.⁵⁴⁶ In die zin concludeerde ook Arntzenius:

‘Het is hier het geval dat *‘la loi lui impute comme une faut son ignorance’*. Het moge dus in sommige gevallen, en ook in casu, hard zijn; maar zonder de toepassing van dit systema, is er geen behoorlijke werking van eenige plaatselijke keuren of reglementen denkbaar. (...)’

Het hardst van alles acht ik, dat ik ingevolge de jurisprudentie van den Raad, zal moeten adviseren tot condemnatie van den gerequireerde in *alle* de kosten.⁵⁴⁷

Hij adviseerde de Hoge Raad het vonnis van de kantonrechter te vernietigen, C. schuldig te verklaren aan de overtreding van de Keur en hem conform de Keur te veroordelen tot een boete van f3,- en alle kosten. De Hoge Raad oordeelde in dezelfde lijn:

‘[D]at noch de onwetendheid, noch de beweerde goede trouw van eenen aangeklaagde, voor den regter eenen afdoenden en wettigen grond kunnen opleveren, om eene verordening van politie, gelijk deze, niet toe te passen, wanneer dezelve behoorlijk en op de gewone wijze is afgekondigd en bekend gemaakt, zoo als zulks ten opzichte van bovengemelde keur is geschied; Overwegende dat mitsdien, bij het beklaagde vonnis door de meergemelde keur van den 21 februari 1715, ten deze niet toe te passen, maar tot hare verbindende kracht in casu, het plaatsen van eenig teken aan den ingang van der bedoelde straat te vorderen, hetwelk nergens bij de wet wordt geboden, dezelve keur heeft geschonden;’⁵⁴⁸

Dit arrest illustreert in welke ‘strengheid’ de handhaving van verkeersregels kon resulteren en dat de speelruimte van de rechter in sommige gevallen zeer beperkt was. Door de simpele formulering van de strafbepaling, het ontbreken van gronden voor strafvermindering in de Keur en het niet van toepassing zijn van dwingende

⁵⁴⁶ Vgl. de voorziening voor dwaling in art. 2 van het Besluit over de Eendvogelkooijen, Koninklijk Besluit van 1 december 1820, Stb. 26, zie ook hiervoor in par. 3.3.3.

⁵⁴⁷ Conclusie A-G Arntzenius; HR 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken 4, p. 46-47 (Eénrichtingsverkeer).

⁵⁴⁸ HR 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken, p. 50 (Eénrichtingsverkeer).

verschoningsgronden, moest worden veroordeeld tot de boete die de Keur voorschreef.

3.4.4. Het verweer dat de overtreding niet te vermijden was

In de voorgaande arresten stonden verschillende verweren centraal waarin een beroep werd gedaan op verontschuldgbare dwaling. Deze verweren zouden tegenwoordig vermoedelijk als een beroep op afwezigheid van alle schuld (avas) worden beschouwd. Hoewel in het volgende arrest geen beroep werd gedaan op dwaling, maar op overmacht, laat het in deze zaak gevoerde verweer zich, vanuit hedendaags perspectief, ook lezen als een beroep op zorgvuldig gedrag of maximaal te vergen zorg, een vorm van afwezigheid van alle schuld. Het arrest is bovendien interessant in verband met de beeldvorming rond de leer van het materiële feit. Zo concludeerde Van Deinse naar aanleiding van deze uitspraak dat het materiële feit voldoende was voor de bestraffing van overtredingen, ook bij overtredingen die strafbaar waren op grond van de wetten inzake de Rijksbelastingen.⁵⁴⁹

Dit arrest werd door de Hoge Raad gewezen op 12 december 1843 naar aanleiding van een boete opgelegd aan een zoutzieder.⁵⁵⁰ Een zoutzieder maakte geraffineerd zout uit ruw zout door het inkoken en indampen van het ruwe zout in zoutpannen en pekelbakken. Door de inspectie was vastgesteld dat bij de verdachte 8332 ponden geraffineerd zout minder aanwezig waren dan op basis van de hoeveelheid ruw zout die hij had ingekocht, mocht worden verwacht. Voor dit verschil, dat werd aangeduid als 'ondermaat', werd aan de zoutzieder een boete opgelegd van f 4999,20.

Op grond van de Wet op het zout (hierna: de Wet) bedroeg de accijns per honderd pond zout zes guldens en per vat pekel vijf guldens.⁵⁵¹ Als meer of minder zout werd aangetroffen dan op basis van de opgegeven hoeveelheid ruw zout werd verwacht, kon de zoutzieder een boete krijgen als dit verschil groter was dan de wettelijk toegestane marge.⁵⁵² Op grond van art. 20 van de Wet werd over dat verschil, dus de ontbrekende ponden geraffineerd zout, de tiendubbele accijns geheven:

Art. 20

‘Wanneer bij de visitatie en peiling der zoutziederijen, pakhuizen en bergplaatsen van de zoutzieders, minder zout of pekel wordt gevonden, dan waarvoor de zoutzieders zijn gedebiteerd, zullen zij voor het minder bevondene worden gestraft met de verbeurte van den tiendubbelen accijns (...) Bij de

⁵⁴⁹ Van Deinse 1860, p. 147.

⁵⁵⁰ HR 12 december 1843, W. 552 (Zoutzieder).

⁵⁵¹ Art. 1 Wet van 21 augustus 1822, Stb. 35.

⁵⁵² Vgl. de ‘rabat’ hiervoor bij de broodbakkers in par. 3.4.2.

bevinding (...) van minder zout [zal] een verschil van *twee en een half* per cent niet met eene boete worden gestraft (...).⁵⁵³

De Wet bestrafte dus niet elke afwijking van de verwachte productie. Het geconstateerde tekort van 8332 pond overschreed de toegestane ondermaat van 2½ procent (in casu 797 pond zout) evenwel ruimschoots.⁵⁵⁴

Voor de rechtbank Leiden beriep de zoutzieder zich op overmacht, omdat de ondermaat zou zijn ontstaan door lekkage aan de pekelpakken en de zoutpan. De rechtbank stelde vast dat de zoutpan en de pekelpakken sinds juni 1842, toen de zoutziederij in werking trad, tot een controle op 11 augustus 1842 'zwaar lekkende waren en nog lekken'.⁵⁵⁵ De vaststelling dat de lekkage inderdaad had plaatsgevonden, was naar het oordeel van de rechtbank evenwel onvoldoende voor overmacht. De rechtbank overwoog daarbij dat de zoutzieder niet aannemelijk had weten te maken dat de omvang van de lekkage overeenkwam met de geconstateerde ondermaat. In hoger beroep bevestigde het Hof Zuid-Holland het arrest van de rechtbank.

In cassatie pleitte advocaat Donker Curtius namens de verdachte opnieuw voor overmacht.⁵⁵⁶ Aangezien zijn cliënt het lekken niet had kunnen voorkomen zou sprake zijn van overmacht. Op grond van het algemene rechtsprincipe dat overmacht alle schuld en daarmee alle strafbaarheid uitsloot, ontbrak bij zijn cliënt alle schuld. Het opleggen van een boete was onder deze omstandigheden het bestraffen van een 'bloot' feit, namelijk de vaststelling dat er een ondermaat was.

A-G Deketh sprak het cassatiemiddel op bijna alle onderdelen tegen. Volgens hem was de bestraffing op basis van art. 20 van de Wet wel degelijk op schuld gebaseerd. Alleen hoefde die schuld niet de vorm van opzet of grove nalatigheid aan te nemen om tot aansprakelijkheid te leiden:

'dat in belastingzaken, *secundum regulam*, niet alleen gepraesteerd wordt dolus, maar ook alle schuld, culpa, zelfs die, welke niet slechts een verregaande nalatigheid of onachtzaamheid, maar ook aan bloot verzuim en zelfs aan abuis te wijten is (...).'⁵⁵⁷

⁵⁵³ Art. 20 Wet op het zout, 21 augustus 1822, Stb. 35.

⁵⁵⁴ HR 12 december 1843, W 552. (Zoutzieder).

⁵⁵⁵ Rechtbank Leiden, 10 januari 1843, W 432 (Zoutzieder).

⁵⁵⁶ Het pleidooi van Donker Curtius op de zitting van de Hoge Raad dd 13 november 1843 is gepubliceerd in W. 445 (Zoutzieder). NB. Deze FB. Donker Curtius was de zoon van de eerder genoemde W.B. Donker Curtius van Tienhoven, de eerste vice-president van de Hoge Raad (zie hiervoor p. 12). Ook deze FB. Donker Curtius werd later lid van de Hoge Raad (in 1867), zie Vrijland 1988, p. 57.

⁵⁵⁷ HR 12 december 1843, W. 552 (Zoutzieder).

Deketh wees erop dat bij overtredingen van de belastingwetten de nadruk lag op het feitelijke bewijs dat de regels waren overtreden. Of dat opzettelijk was gebeurd, was niet van belang. Bovendien concludeerde de A-G dat de onderhavige casus zich niet leende voor een geslaagd beroep op overmacht, omdat er geen aanwijzingen waren dat de zoutzieder was gedwongen om de lekkage te laten voortduren.

‘Overwegende, dat, hoezeer hierdoor wel niet gederogerd moge zijn aan het algemeen beginsel in strafregt, - een beginsel hetgeen ook is gehuldigd bij artikel 64 van het Code Penal, - dat namelijk bij overmacht, *force majeure*, het denkbeeld van culpabiliteit komt te vervallen, - dit beginsel echter nooit verder zal kunnen worden uitgestrekt dan tot eenen zoodanigen dwang door geweld en overmacht, *a laquelle le prevenu n’a pu résister*; met hoedanig onwederstaanbaar geweld wel niet gelijk kan worden gesteld een plaatselijk en tijdelijk defect in eene fabriek hetgeen uit den aard der zaak voor herstel vatbaar was (...).’⁵⁵⁸

Anders dan Donker Curtius, meende A-G Deketh dat de zoutzieder niet alleen aansprakelijk was als gevolg van de geconstateerde ondermaat, maar ook op grond van het verwijt dat de zoutzieder had nagelaten de lekkage te verhelpen.⁵⁵⁹ Op grond van zijn verantwoordelijkheid voor materiaal en gereedschap kon het niet tijdig herstellen van de lekkage de zoutzieder als een verzuim worden aangerekend. Bij een lekkage die al ruim een half jaar bestond, kon bovendien geen sprake meer zijn van overmacht:

‘Overwegende integendeel, dat (...) een fabrikant, door de uitoefening van zijn beroep, zich niet alleen onderwerpt aan alle de verplichtingen, bij de wet daaraan verbonden, maar ook alle nadeelige kansen, waardoor ook veroorzaakt, voor zijne rekening neemt; en dat zoowel het zich niet voorzien van behoorlijk vervaardigde en geschikte werktuigen, als het niet tijdig doen herstellen van dezulke die ongeschikt bevonden worden, als verzuim en mitsdien als schuld behoort te worden aangemerkt;’⁵⁶⁰

De Hoge Raad overwoog dat ter zake van een ondermaat, net als bij andere overtredingen van de belastingwetten, niet alleen opzet of grove nalatigheid, maar ook schuld werd bestraft:

⁵⁵⁸ HR 12 december 1843, W. 552 (Zoutzieder).

⁵⁵⁹ De A-G lijkt hier de wijzen op de mogelijkheid van wat tegenwoordig ‘culpa in causa’ wordt genoemd.

⁵⁶⁰ HR 12 december 1843, W. 552 (Zoutzieder).

Overwegende bovendien, (...) dat bij het bestaan van het bloot materieel feit van ondermaat, het bepaalde bij artikel 20 der wet van 21 Augustus 1822 (Stbl 35) door den regter behoort te worden toegepast, onverschillig aan welke oorzaak zulks moge zijn toe te schrijven, nademaal zoowel naar den geest als naar de uitdrukkelijke bepalingen der belasting-wetten, niet alleen het opzet (*dolus*), maar ook alle schuld (*culpa*) strafbaar is, zelfs die, welke niet slechts aan verregaande nalatigheid of onachtzaamheid, maar ook aan bloot verzuim en zelfs aan abuis te wijten is (...);⁵⁶¹

Het ontbreken van opzet was volgens de Hoge Raad geen obstakel, omdat schuld voldoende was voor aansprakelijkheid. Wat betreft het beroep op overmacht voegde de Hoge Raad daaraan toe:

‘Overwegende, met opzigt tot de *force majeure*, welke in casu zoude hebben bestaan, dat dit beginsel wel nooit verder zal kunnen worden uitgestrekt dan tot eenen zoodanigen door geweld en overmagt veroorzaakten dwang, *a laquelle le prevenu n’a pu résister*; met hoedanig onweerstaanbaar geweld wel niet gelijk kan worden gesteld een plaatselijk en tijdelijk defect in eene fabriek, hetgeen uit de aard der zaak voor herstel vatbaar was;’⁵⁶²

De Hoge Raad was dus met de A-G van oordeel dat een tijdelijk defect dat verholpen had kunnen worden, zoals een lekkage, geen overmachtssituatie kon opleveren. Hoewel dat uit de conclusie van A-G Deketh en uit de uitspraak van de Hoge Raad niet blijkt, heeft bij dit oordeel wellicht een rol gespeeld dat er ook sprake zou kunnen zijn van fraude.

Van Deinse concludeerde naar aanleiding van dit arrest dat ook bij overtredingen van de belastingwetten de aansprakelijkheid gebaseerd werd op het materiële feit. Ik vraag me af of die conclusie wel terecht is. Zowel de A-G als de Hoge Raad identificeerden, zo blijkt uit het voorgaande arrest, bij de zoutzieder een verwijt dat bestond in het laten voortduren van de lekkage. Hoewel de verdachte het ontstaan van de lekkage misschien niet had kunnen vermijden, heeft hij, gezien het feit dat hij de lekkage kennelijk onverminderd heeft laten voortduren, ook niet veel moeite gedaan om de lekkage te verhelpen. Van een bestraffing op basis van het enkele materiële feit was hier, in die zin, dus geen sprake: de verdachte kon de lekkage door het laten voortbestaan ervan, worden verweten.

⁵⁶¹ HR 12 december 1843, W. 552 (Zoutzieder).

⁵⁶² HR12 december 1843, W. 552 (Zoutzieder).

3.5. Verzachtende omstandigheden

Eerder in dit hoofdstuk kwam de toepassing van verzachtende omstandigheden al even ter sprake. In de loop van de negentiende eeuw lijkt het gebruik van verzachtende omstandigheden als manier om de straf aan te passen eerder regel dan uitzondering te zijn geworden. Een arrest waarin het Openbaar Ministerie betwistte dat de straf op die manier was verlaagd, betrof het volgende arrest over een herbergier die zijn in beslaggenomen vaatjes sterke drank terug wilde. In deze uitspraak van de Hoge Raad van 16 juni 1840 gaat het om de veroordeling van deze herbergier in verband met laster. Aanleiding voor de laster was een gesprek van de herbergier met twee ambtenaren, 'commiezen'. De herbergier wilde graag weten wanneer de twee vaatjes sterke drank die bij hem in beslag waren genomen door één van deze twee commiezen, genaamd Vreuls, vrijgegeven zouden worden. De verdachte 'vermeende' dat hij op zijn vraag een bespottend antwoord kreeg, waarop hij zou hebben gezegd: *'wees dan voorzichtig stroodief, indien je het weer doet als je voorleden jaar gedaan hebt, dan zal ik geen proces-verbaal opmaken, maar mijn eigen regter wezen'* of *'pas op dat gij niet doet als voorleden jaar met stroo te stelen'*.⁵⁶³

Vanwege deze uitspraken concludeerden de rechtbank te Goes en in hoger beroep ook het provinciaal gerechtshof Zeeland dat de herbergier zich schuldig had gemaakt aan laster op een openbare plaats (*calomni*, art. 367 CP).⁵⁶⁴ Op grond van art. 371 CP werd laster bestraft met een gevangenisstraf van ten minste een maand en maximaal zes maanden, een geldboete van ten minste 25 *francs* en maximaal 2000 *francs*.⁵⁶⁵ Daar kwam, zo bleek uit art. 374 CP, nog de straf van ontzetting uit de burgerlijke rechten voor vijf tot tien jaar bij (genoemd in art. 42 CP).⁵⁶⁶

De rechtbank veroordeelde de herbergier tot een boete van f 5, omdat zij van oordeel was dat er sprake was van verzachtende omstandigheden. In dat geval bood

⁵⁶³ Vaststelling van de feiten volgens de rechtbank te Goes op 23 januari 1840, respectievelijk het provinciaal gerechtshof Zeeland op 2 maart 1840 in HR 16 juni 1840, W 117 (Herbergier).

⁵⁶⁴ Art. 367 CP luidde: *'Sera coupable du délit de calomnie, celui qui, soit dans des lieux ou réunions publiques, soit dans un acte authentique et public, soit dans un écrit imprimé ou non qui aura été affiché, vendu ou distribué, aura imputé à un individu quelconque des faits qui, s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés à des poursuites criminelles ou correctionnelles, ou même l'exposeraient seulement au mépris ou à la haine des citoyens. (...)'*

⁵⁶⁵ Interessant is dat op grond van art. 370 CP degene die bewijst dat zijn als lasterlijk aangemerkt uitspraken waar zijn, straffeloos is (*'l'auteur (...) sera à l'abri de toute peine'*).

⁵⁶⁶ Art. 42 CP noemde deze rechten op: *'1° De vote et d'élection; 2° D'éligibilité; 3° D'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois; 4° De port d'armes; 5° De vote et de suffrage dans les délibérations de famille; 6° D'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants, et sur l'avis seulement de la famille; 7° D'être expert ou employé comme témoin dans les actes; 8° De témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations.'*

art. 463 CP de rechter de vrijheid om de op te leggen straffen te verlagen.⁵⁶⁷ De verzachting van de straf werd door de rechtbank gemotiveerd met de overweging:

‘dat [de rechtbank] niet consteert van eenig toegebragt nadeel, terwijl de omstandigheid, welke aanleiding tot deze woordenwisseling met den commies Vreuls had gegeven, het niet ontslaan namelijk onder aangebodene borgtogt van zijnen aangehaalden drank, gevoegd bij de openhartige verklaring van bekl., tot verzachting van straf in dezen kan strekken.’⁵⁶⁸

De openhartige verklaring van de herbergier werd door de rechtbank aangemerkt als grond voor verzachting van de straf. Het Openbaar Ministerie ging tegen deze uitspraak in hoger beroep bij het Provinciaal gerechtshof Zeeland. Daar verzocht de procureur-generaal om vernietiging van het vonnis en toepassing van de straffen die art. 371 en 374 CP voorschreven:

‘dat het den Hove (...) moge behagen het hooger beroep te verklaren admissibel, en daarop regt doende, het appel en het vonnis *a quo* te vernietigen, en, opnieuw regt doende, den bekl. schuldig te verklaren aan laster, en overzulks denzelfden te veroordelen tot eene gevangenis van ééne maand ten minste en van zes maanden ten hoogste, en in eene geldboete van *f* 25 ten minste en van *f* 1000 ten hoogste, met ontzegging van den bekl. gedurende vijf jaren ten minsten en tien jaren ten hoogste van de uitoefening der regten, in art. 42 Strafr. vermeld en in de kosten van den processe (...).’⁵⁶⁹

Het gerechtshof overwoog naar aanleiding van dit hoger beroep dat de rechter in eerste aanleg weliswaar bevoegd was om de straf te verlagen op grond van verzachtende omstandigheden, maar dat daarmee van het opleggen van een bijkomende straf niet geheel kon worden afgezien. Na onderzoek van de zaak kwam het hof tot het oordeel dat de herbergier (de beklaagde in hoger beroep) veroordeeld diende te worden tot een boete van *f* 5, de bijkomende straf van ontzetting uit zijn burgerrechten voor vijf jaar en de proceskosten. Daarbij overwoog het gerechtshof:

‘[D]at het bezigen dier woorden in eene opwelling van wrevel over een ontwijkend, en zoo de bekl., nu ged. in hooger beroep, vermeende, bespottend

⁵⁶⁷ Art. 463 CP luidde: ‘*Dans tous les cas où la peine d’emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n’excède pas vingt-cinq francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l’emprisonnement, même au-dessous de six jours, et l’amende, même au-dessous de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l’une ou l’autre de ces peines, sans qu’en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police.*’

⁵⁶⁸ Rechtbank Goes, 23 januari 1840 in HR 16 juni 1840, W 117 (Herbergier).

⁵⁶⁹ HR 16 juni 1840, W 117 (Herbergier).

antwoord, door den getuige J.W. Vreuls, als commies op zijne vraag naar de afdoening der op hem aangehaalde vaatjes sterken drank, gevoegd bij zijne gulhartige bekentenis, en het geheel ontbreken van eenige toegebragt nadeel of schade, alleszins termen opleveren tot toepassing van art. 463 Strafr.;

⁵⁷⁰

Volgens het gerechtshof waren er dus twee verzachtende omstandigheden aanwezig: de opwelling van wrevel die aanleiding was voor de lasterlijke uitspraak en de 'gulhartige' bekentenis van het feit.

De procureur-generaal stelde daarop cassatieberoep in, omdat hij het niet eens was met de verzachting van de straf. Hij droeg twee middelen van cassatie voor die beide betrekking hadden op de opgelegde straffen. Het eerste middel klaagde over de verlaging van de straf op grond van art. 463 CP tot minder dan het in art. 371 CP voorgeschreven minimum van f 25; het tweede middel klaagde over de toepassing van art. 374 CP. Naar aanleiding van het eerste cassatiemiddel overwoog de Hoge Raad:

'dat de algemeenheid van art. 463 Wetb. v. Strafr., en de plaats waar hetzelfde in dat Wetb. gevonden wordt, namelijk aan het slot van het derde boek, kennelijk den wil des wetgevers aanduiden, om dat art. mede toepasselijk te maken op het wanbedrijf van *laster*, hetgeen in art. 370 en 371, in dat derde boek voorkomende, met gevangenzetting wordt bedreigd;

O., dat er geene reden denkbaar is, waar bij het wanbedrijf van *laster*, niet even als bij andere misdrijven, verzachtende omstandigheden aanwezig zouden kunnen zijn, hetwelk staat ter beoordeling van den *judex facti*, en dat de gelijkelijke waardering van een door *laster* toegebragt nadeel, en de beoordeling of hetzelfde meer of minder dan 25 franken bedraagt (hetgeen mede een vereischte is tot toepassing van art. 463 Strafr.) wel degelijk mogelijk is, zoo als blijkt uit art. 148 Burg. Wetb., welker waardering en beoordeling te gemakkelijker zijn, wanneer de *judex facti*, zoo als in het aangevallen arrest is geschied, verklaard heeft, dat er *in het geheel geen schade of nadeel is toegebragt*;

⁵⁷¹

De verlaging van de boete tot f 5 wegens verzachtende omstandigheden getuigde volgens de Hoge Raad dus niet van een onjuiste rechtsopvatting. De consequenties van die verzachtende omstandigheden waren aanzienlijk: dat de lasterlijke uitspraak was gedaan 'in eene opwelling van wrevel' en het feit dat de verdachte een 'gulhartige bekentenis' had afgelegd, waren voor het gerechtshof voldoende reden om af te

⁵⁷⁰ Provinciaal gerechtshof Zeeland, 2 maart 1840 in HR 16 juni 1840, W 117 (Herbergier).

⁵⁷¹ HR 16 juni 1840, W 117 (Herbergier).

zien van het opleggen van een gevangenisstraf van minstens een maand en slechts een vijfde van de (minimum)boete op te leggen.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat deze de feitenrechter bij het bepalen van de hoogte van de straf geen strobreed in de weg legden om elke omstandigheid die de feitenrechter daartoe geschikt achtte als verzachtende omstandigheid mee te laten wegen. De vrijheid van de rechter bij het aanmerken van omstandigheden als verzachtende omstandigheden leidde ertoe dat deze omstandigheden, althans volgens Pols, '*passee partouts*' werden genoemd die bovendien bijzonder ruim werden opgevat:

'Waar ze [de verzachtende omstandigheden. EHA_vL] eigenlijk volkomen ontbreken, worden ze gefabriceerd, gebruikt men wat niet onaardig met den naam van *passee partouts* is bestempeld. Om enkele voorbeelden te vermelden: het tot dusver niet ongunstig bekende levensgedrag van iemand, waarvan men in werkelijkheid niets weet; de gulle bekentenis van iets, waarvan de ontkenning soms ondenkbaar is. Er is zelfs een voorbeeld, dat van een 45jarig man de jeugdige leeftijd als verzachtende omstandigheid is aangenomen.'⁵⁷²

Naar aanleiding van deze praktijk stelde Pols dat de rechter, in de vorm van de verzachtende omstandigheden, een officieel instrument had om het formele recht voor wat betreft de voorgeschreven (minimum)straffen terzijde te schuiven.⁵⁷³ In plaats van de strenge straffen die de Code pénal voorschreef, kon de rechter nu een straf opleggen die overeen kwam met de (Nederlandse) rechtsovertuiging.⁵⁷⁴

Tegelijkertijd waren er wel grenzen aan de bevoegdheid van de rechter om een straf te verlagen. In de zaak van de herbergier overwoog de Hoge Raad namelijk ook dat de rechter niet bevoegd was om de bijkomende straf van ontzetting uit burgerlijke rechten ex art. 374 jo. 42 CP weg te laten.

'Overwegende dat, terwijl art. 374 Strafr. *uitdrukkelijk* de straf van ontzetting der burgerlijke regten bepaald in *alle gevallen* van laster, de regter niet eigenmagtig die straf vermag weg te laten, en zulks te minder, daar art. 463 Strafr. expressievelijk de straffen bepaalt, waarop dat art. zal mogen worden toegepast en de straf van ontzetting van burgerregt daaronder *niet* is begrepen; (...)

O., dat de gerequir. bij het aangevallen arrest dus *te regt* wegens *laster*, met toepassing van art. 463 Strafr. is veroordeeld alleen tot betaling eener geldboete,

⁵⁷² Pols 1879, p. 30-31.

⁵⁷³ Pols 1879, p. 31.

⁵⁷⁴ Pols 1879, p. 31-32.

en tevens voor den tijd van vijf jaren is ontzet verklaard van zijn burgerregt, en er alzoo in dat arrest geen wetsbepalingen verkeerd zijn toegepast noch geschonden.'

Daarmee illustreert dit arrest niet alleen de ruimhartige benadering van de verzachtende omstandigheden, maar ook de 'pietluttigheid' van het negentiende eeuwse strafrecht.⁵⁷⁵

3.6. Afsluitende opmerkingen

Zoals bleek uit de hiervoor in paragraaf 2.4 besproken kritiek van Schooneveld en Van Deinse, veranderde de complete en 'welsluitende' Franse wetgeving in de loop van de negentiende eeuw in een onoverzichtelijke opeenstapeling van wetgeving.⁵⁷⁶ Dit begon met het Souverein Besluit van 11 december 1813 en werd verergerd doordat na 1813 een aantal wetten uit de Bataafse tijd, verschillende Franse wetten, decreten en ordonnanties opnieuw in Nederland werden afgekondigd. Terugkijkend op de toestand van de strafwetgeving vóór 1886 was Van Hamel-Van Dijck minder positief dan Pols die van mening was dat ook het strafrecht van voor 1886 met het volste recht het predicaat 'nationaal' verdiende. Van Hamel-Van Dijck stelde:

'[O]nder de heerschappij van den Code Pénal [was] langzamerhand geldende geworden een Fransch-Nederlandsch strafrecht, te karakteriseeren als: "noch nationaal, noch eene codificatie"; op de hoogte noch van de volksovertuiging, noch van de wetenschap.'⁵⁷⁷

Terwijl Pols het Souverein Besluit in 1879 als een positieve ontwikkeling typeerde, bekritiseerde Van Hamel-Van Dijck in 1927 het effect dat dit Besluit had gehad op het geheel en het systeem van de strafwetgeving. Het was hem duidelijk een doorn in het oog dat er wel veel energie was gestoken in het oplappen van oude strafwetten, maar dat men niet in staat was geweest een nieuw wetboek te realiseren.⁵⁷⁸ Meer dan een halve eeuw later onderschreven Faber en Van Ruller het standpunt van Van Hamel-Van Dijck dat het te lang had geduurd voordat een nationaal Wetboek van Strafrecht kon worden ingevoerd, ondanks de noodzaak daartoe:

⁵⁷⁵ Van Ruller had het in dit verband over 'pietluttige mildheid', Van Ruller 1994, p. 76. Zie ook Van Ruller & Faber 1995, p. 41.

⁵⁷⁶ Zie bijvoorbeeld Van Deinse 1852, p. 53 e.v., zie ook p. 177 e.v. en Schooneveld 1855, p. 435 e.v.

⁵⁷⁷ Van Hamel-Van Dijck 1927, p. 77 Vgl. Pols 1879, p. 20.

⁵⁷⁸ Van Hamel-Van Dijck 1927, p. 77.

‘[U]it de manier waarop de Nederlanders dit instrumentarium van vreemde oorsprong hebben gebruikt [blijkt] dat de doeltreffendheid ervan tekortschoot. Maar in plaats van een nieuw eigen systeem te vervaardigen, zocht men ingewikkelde sluiptwegen om er mee te kunnen leven.’⁵⁷⁹

Deze kritiek geeft evenwel een enigszins vertekend beeld, want voordat het Wetboek van Strafrecht in 1880 door de Eerste en Tweede Kamer werd goedgekeurd, waren vijf voorgaande ontwerpen afgekeurd.⁵⁸⁰

De beslissing om de Franse wetgeving te handhaven was en blijft bijzonder. De Franse wetten waren in een ander land met een andere cultuur onder andere sociale en politieke omstandigheden tot stand gekomen en bovendien onder dwang van een bezetter in Nederland ingevoerd. Om de lezer een beeld te geven van de vreemde situatie destijds ‘vertaalde’ Van Ruller het behouden van de Franse wetgeving naar het heden (anno 1994): de Duitse strafrechtspleging uit de jaren ’40 – ’45 zou dan nog steeds gelden.⁵⁸¹ Volgens Van Ruller ging men in de loop van de negentiende eeuw steeds negatiever oordelen over de Code pénal en werden de nadelen steeds meer benadrukt, met name het intimiderende karakter, de utilistische insteek en de nadruk op bescherming van het staatsbelang.⁵⁸² De kritiek zou ook te maken hebben met de steeds groter wordende afstand tussen de ideeën over de optimale inrichting van het strafrecht en de opvattingen die aan de Code pénal ten grondslag lagen.⁵⁸³

Aan het slot van paragraaf 2 bleek dat de Nederlandse juristen in eerste instantie (ook) waardering voor de Code pénal hadden, met name de tegenstanders van lijfstraffen en het uitvoeren van de doodstraf door wurgen of ophangen, zoals Donker Curtius van Tienhoven. Daarnaast werden de bezwaren tegen de strenge en intimiderende straffen van de Code pénal misschien niet volledig weggenomen, maar toch in elk geval sterk afgezwakt door het Souverein Besluit van 11 december 1813 en de Wet van 29 juni 1854. Daardoor kon een strafrechtstoepassing ontstaan die ruimte bood voor het opleggen van een op het individu toegesneden straf. Auteurs zoals Van Deinse en Schooneveld bekritiseerden daarom ook niet (meer) de strenge

⁵⁷⁹ Faber & Van Ruller 1995, p. 45.

⁵⁸⁰ Bosch 1965, p. 31.

⁵⁸¹ Van Ruller 1994, p. 53-54. Van Ruller maakte wel de kanttekening dat de vergelijking met het recht van de Duitse bezetter in WO II eigenlijk mank ging (Nederland had nu wel een codificatie en was dus minder vatbaar voor invloeden van buitenaf). Volgens Bosch verklaart het ontbreken van een codificatie in Nederland waarom de receptie van het Franse recht zo groot is geweest, Bosch 1957, p. 381-383.

⁵⁸² Van Ruller 1994, p. 72-73

⁵⁸³ Van Ruller 1987, p. 32.

straffen in de Code pénal, maar wel het ontbreken van een systematisch en compleet Wetboek van Strafrecht in Nederland.⁵⁸⁴

De verruiming van de bevoegdheden van de rechter in het Souverein Besluit van 11 december 1813 was een tijdelijke oplossing, een noodgreep om het geheel van de Franse wetgeving te kunnen handhaven op een wijze die paste bij de Nederlandse cultuur tot er een nationaal wetboek was. Het was een pragmatische oplossing die flexibiliteit bood en aan de belangrijkste bezwaren tegen het Franse strafrecht tegemoet kwam. Pols betitelde deze 'oplossing' later als een officieel instrument voor de rechter om het geldende recht terzijde te kunnen schuiven.⁵⁸⁵ In de praktijk gebruikte de rechter die bevoegdheden op grote schaal en zo groeide die ruime bevoegdheid van de strafrechter uit tot een gegeven dat als een substantieel onderdeel van de Nederlandse strafrechtscultuur werd beschouwd.⁵⁸⁶ Aan de ruime rechterlijke bevoegdheid werd zoveel waarde toegekend, dat deze later in het Wetboek van Strafrecht expliciet tot uitgangspunt werd genomen.

Ondanks de wijzigingen in het strafprocesrecht die het gevolg waren van de invoering van het Wetboek van Strafvordering en de wijzigingen in het strafrecht door het Souverein Besluit van 11 december 1813 en andere wijzigingswetten, bleef de Nederlandse praktijk de Franse op veel terreinen volgen. Maar de Nederlandse wetgever gaf de strafrechter meer ruimte. De opvattingen over de 'drempel' voor aansprakelijkheid en met name de interpretatie van de gronden die aan toerekenbaarheid in de weg zouden staan, lijken in Nederland op dezelfde manier te worden uitgelegd als in Frankrijk. In het arrest tegen Bolk c.s. oordeelde de Nederlandse rechter conform de Franse doctrine en hield hij dus ook vast aan een strikte (en strenge) interpretatie van overmacht.

De strafvermindingsgronden die door het Souverein Besluit van 11 december 1813 en de Wet van 29 juni 1854 waren geïntroduceerd, werden beschouwd als gronden die de staf verzachtten, niet als gronden die aan aansprakelijkheid in de weg stonden. Op grond van de systematiek van de Code pénal werd aangenomen dat alleen de in de wet genoemde gronden tot strafvermindering of straffeloosheid konden leiden. Bij onwetendheid of goede trouw van de verdachte, had de rechter daardoor weinig keuze. Hij kon niet anders dan een straf opleggen. Lang niet elke wet of Plaatselijke Verordening kende een regeling voor uitzonderingsgevallen zoals art. 2 van de Keur over de eendenkooien. Het ontbreken van een algemene regeling voor (verschoonbare) dwaling leidde ertoe dat de toepassing van het strafrecht soms als erg 'hard' werd ervaren. Dit zou kunnen verklaren waarom lagere rechters de

⁵⁸⁴ Zie bijvoorbeeld Van Deinse 1860, p. 540 en Schooneveld 1855, p. vii.

⁵⁸⁵ Pols 1879, p. 31.

⁵⁸⁶ Pols 1879, p. 20.

verdachte soms van rechtsvervolging ontsloegen op grond van dwaling of goede trouw. De Hoge Raad vernietigde die uitspraken telkens, omdat de strafwet geen ruimte bood voor een ontslag van alle rechtsvervolging wegens dwaling of goede trouw. Op basis van de uitspraken van die lagere rechters ontstaat de indruk dat de rechtspraktijk moeite had met de harde lijn van de Hoge Raad, zoals kan worden afgeleid uit de zaak over de te hard gebakken broden, het arrest over de prijs van een mud rogge, het Voortbomen langs de gracht-arrest en het arrest over de man uit Diemen die niet bekend was met het eenrichtingsverkeer in Amsterdam.⁵⁸⁷

Waar geen grond voor straffeloosheid voorhanden was, kon de rechter alleen in de strafmaat rekening houden met het verwijt dat aan de verdachte werd gemaakt, zoals we zagen in het herbergier-arrest.⁵⁸⁸ Waar mogelijk maakte de rechter daarbij gebruik van de ruimte die hem door art. 463 CP, het Souverein Besluit van 13 december 1811 en de wet van 29 juni 1854 werd geboden. Daarmee wisten de Nederlandse wetgever en de Nederlandse rechter toch een strafrecht te creëren waarin veel meer recht kon worden gedaan aan het schuldbeginzel dan op basis van het papieren Franse strafrecht mogelijk was. Tegelijkertijd vormde dat Franse strafrecht wel de basis voor die Nederlandse strafrechtstoepassing.

4. Van Deinse. De ontwikkeling van de Nederlandse doctrine

4.1. Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is een overzicht gegeven van de Nederlandse aanpassingen en aanvullingen op het Franse straf(proces)recht die van belang zijn in verband met de ontwikkeling van het schuldbeginzel. Daarna is aan de hand van enkele casusposities die relevant waren in verband met het schuldbeginzel een indruk gegeven van de wijze waarop dit strafrecht door de Nederlandse rechters werd toegepast. In het navolgende staat de dogmatische ontwikkeling van het Nederlandse strafrecht in de negentiende eeuw centraal. Van belang daarbij is dat de meeste Nederlandse strafrechtjuristen zich bezig hielden met het becommentariëren van de voorbereidingen van een Nederlands strafwetboek.⁵⁸⁹ Het enige Nederlandse handboek over de beginselen van het strafrecht was, tot het einde van de negentiende eeuw, het boek *Algemene Beginselen van strafregt* van Van Deinse. Sinds het

⁵⁸⁷ Zie hiervoor hoofdstuk 4, par 3.4.

⁵⁸⁸ Zie hiervoor par. 3.5.

⁵⁸⁹ Pompe 1956, p. 250. Zie ook Van Deinse 1860, p. 62 die constateerde dat men bij de toepassing van het (Franse) strafrecht de Franse commentaren en andere geschriften van Franse auteurs raadpleegde, waardoor een wetenschappelijke behandeling van de Code pénal ontbrak, afgezien van een aantal dissertaties en verhandelingen die zich richtten op specifieke onderdelen van het strafrecht, niet op het geheel.

Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek van Van der Linden uit 1806 was dit bovendien het eerste leerboek dat in het Nederlands werd uitgegeven.⁵⁹⁰

4.2. Auteur en werk

Adriaan van Deinse (Zaandam, 1808) studeerde rechten in Gent en promoveerde daar in 1830 bij Haus.⁵⁹¹ Hij was substituut-officier van Justitie bij de rechtbank van eerste aanleg in Goes en later raadsheer bij het Provinciaal Gerechtshof Zeeland.⁵⁹² Tijdens zijn leven heeft hij meerdere boeken en tijdschriftartikelen geschreven. Naast zijn belangrijkste werk, *'Algemeene beginselen van strafregt'*, waarvan de eerste druk verscheen in 1852 en een tweede, omgewerkte en verbeterde druk in 1860, schreef hij ook een serie *'Strafwetten. Opgave van speciale wetten en Koninklijke Besluiten'* (1857-1864) en *'Wetboek van strafrecht'* (1854 en 1867). Over de *'Algemeene beginselen van strafregt'* schreef een recensent in *'Vaderlandsche letteroefeningen'*.⁵⁹³

‘De uitgave van dit werk mag als een even zeldzaam als gelukkig verschijn aan den gezigteinder der *Nederlandsche* regtsbeoefening worden beschouwd.’⁵⁹⁴

Van Deinse schreef zijn boek naar aanleiding van zijn ervaringen als rechter bij het Provinciaal Gerechtshof. In die functie paste hij het strafrecht dagelijks toe. Die ervaring was voor hem reden om tot de wetenschappelijke beoefening van het strafrecht over te gaan.⁵⁹⁵

Met zijn boek stond Van Deinse een duidelijk doel voor ogen: een beknopte en systematische voorstelling van het strafrecht. Van Deinse maakte daarvoor gebruik van zijn hoorcollege-aantekeningen over het ‘criminele regt’ van Haus, aangevuld

⁵⁹⁰ J. van der Linden, *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek, ten dienste van Regters, Practizijns, Koopliden, en allen, die een algemeen overzicht van regtskennis verlangen*, Amsterdam Allart 1806. Dit werk had echter een bredere strekking dan alleen strafrecht. Zie ook Pompe 1956, p. 278 en Van Hattum 2012, p. 278-279.

⁵⁹¹ J.J. Haus wordt beschouwd als de belangrijkste redacteur van het Belgische Wetboek van Strafrecht. Zie Dupont 1993, p. 9-10. Zie ook Bosch 1965, p. 20.

⁵⁹² Een korte levensbeschrijving van Van Deinse is online te vinden op de website van de Digitale Bibliotheek voor de Nederlandse Letteren (DBNL) in P.C. Molhuysen en P.J. Blok, *Nieuw Nederlands biografisch woordenboek deel 4*, A.W. Sijthoff, Leiden 1918, online: http://www.dbnl.org/tekst/molh003nieu04_01/molh003nieu04_01_0774.php.

⁵⁹³ Redactie, *Boekbespreking Mr. A.J. van Deinse, de Algemeene Beginselen van Strafrecht*, ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche strafwetgeving. Tweede, geheel omgewerkte en verbeterde druk. (Te) Middelburg, (bij) J.C. & W. Altorffer, 1860. Prijs f 7,25, *Vaderlandsche letteroefeningen*, 1861, p. 415. Zowel de DBNL (zie de noot hiervoor) als de Koninklijke Bibliotheek in Den Haag hebben een online dossier van het tijdschrift *Vaderlandsche letteroefeningen* (1761-1876).

⁵⁹⁴ *Boekbespreking Vaderlandsche letteroefeningen* 1853, p. 30-31.

⁵⁹⁵ Van Deinse 1852, p. V.

met de boeken van Duitse en Franse auteurs: Feuerbach, Mittermaier, Abegg, Rossi, Rauter, Chauveau en Faustin-Hélie.⁵⁹⁶ Het streven naar een overzicht van de beginselen van strafrecht en de wijze waarop Van Deinse dat wilde bereiken, namelijk door de meningen van de – in zijn ogen – belangrijkste auteurs weer te geven, waren tekenend voor de stand van de Nederlandse strafrechtswetenschap op dat moment. Er waren geen gezaghebbende Nederlandse auteurs op het gebied van het strafrecht en er was geen strafrechtsleer die als (typisch) Nederlands werd beschouwd.

4.3. Het misdrijf

4.3.1. Inleiding

Het misdrijf en de toelichting op de definitie van het misdrijf namen het grootste deel van ‘Algemeene beginselen van strafregt’ in beslag.⁵⁹⁷ Getrouw aan zijn streven naar overzicht beschreef Van Deinse verschillende definities van het delict, waaronder die van Rossi over de objectieve inbreuk op een recht (*violation d'un droit*) en de subjectieve schending van een plicht (*violation d'un devoir*).⁵⁹⁸ Vervolgens combineerde hij verschillende definities tot één allesomvattende definitie, waardoor deze definitie zowel de algemene als de bijzondere kenmerken van het delict omvatte.⁵⁹⁹ Volgens hem waren de voorwaarden voor een misdrijf:

1. Dat er volvoerd zij eene uitwendige daad,
2. Dat de daad den handelenden persoon toerekenbaar zij,
3. Dat de daad zij verboden of geboden onder bedreiging van straf,
4. Dat de daad onwettig zij ondernomen,
5. Dat de daad zij verboden of geboden door eene wet of wettelijke verordening;
6. Dat de daad het kenmerkend karakter hebbe, dat zij het misdrijf kan daarstellen,
7. Dat de daad alle criteria in zich bevatte, welke (objective) vereenigd het bepaalde misdrijf, het materiële feit daarstellen.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ Van Deinse 1852, p. VIII. A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen, in Deutschland gältigen, peinlichen Rechts*, 14^e druk, met opmerkingen van C.J.A. Mittermaier, Giess: 1847 en J.F.H. Abegg, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt: 1839. De Franse auteurs waren Rossi (zie Hoofdstuk 3, par. 4.2), Chauveau en Faustin-Hélie, de laatste twee schreven samen het boek ‘*Théorie du Code pénal*’ (eerste druk Parijs: 1834).

⁵⁹⁷ Te weten p. 67 tot p. 429 in de eerste druk (1852) en p. 92 tot p. 505 in de tweede druk (1860).

⁵⁹⁸ Van Deinse 1852, p. 72; Van Deinse 1860, p. 97. Zie over de definitie van Rossi ook Hoofdstuk 3, par. 4.2.1.

⁵⁹⁹ ‘De definitie van het misdrijf is tweeledig, of bijzonder, of algemeen. De eerste (bijzondere), welke strekt tot bepaling der eigenschappen van het misdrijf op zich-zelf, (...) de tweede (algemene) is die, welke de kenmerken opgeeft van alle misdrijven onbepaald (in genre).’ Van Deinse 1852, p. 70; Van Deinse 1860, p. 95. De originele cursivering is door mij weggelaten.

⁶⁰⁰ Van Deinse 1852, p. 72; Van Deinse 1860, p. 98. Cursivering en kapitalen van de originele tekst zijn door mij weggelaten.

Van Deinse besprak al deze voorwaarden een voor een onder aanhaling van de door hem geraadpleegde auteurs. Met betrekking tot de toerekenbaarheid, het tweede vereiste, was hij het meest uitgebreid; daarop wordt hierna verder ingegaan.

4.3.2. De toerekenbaarheid van het misdrijf

Het begrip toerekenbaarheid, in de betekenis waarin Van Deinse dat gebruikte, omvat een heel scala aan onderwerpen. Hij verenigde zich met de opvatting dat

‘eene daad toerekenbaar is dan, wanneer geoordeeld wordt, dat de handelende persoon bij het volvoeren derzelve in dien ziels- en ligchaams-toestand verkeerde, dat hij werkelijk gezegd moet worden met gezond denkvermogen en volledige vrijheid van handelen die daad ook in hare onwettige strekking te hebben gekend en gewild.’⁶⁰¹

Hieruit leidde Van Deinse af dat een daad als ‘toerekenbaar’ kon worden beschouwd wanneer deze voortkwam uit iemands denk- en wilsvermogen.⁶⁰² De toerekenbaarheid werd volgens hem door de Code pénal alleen (impliciet) behandeld in de artt. 64 en 66 CP (*démence*, *force majeure* en leeftijd). Doordat de Code pénal verder over de voorwaarden voor toerekening zweeg, was het volgens Van Deinse aan de wetenschap om te bepalen wanneer handelingen als toerekenbaar waren te beschouwen.

Hij onderzocht daarom wanneer handelingen als toerekenbaar waren te beschouwen en hoe de toerekenbaarheid begrensd werd. Daartoe ging hij na welke kenmerken vereist waren om een daad in beginsel toerekenbaar te laten zijn. Vervolgens onderzocht hij wanneer deze kenmerken van toerekenbaarheid geacht konden worden aanwezig te zijn. Daarna behandelde hij de bedoeling waarmee de daden waren uitgevoerd en tot slot bepaalde hij de grenzen van de toerekenbaarheid.

Er was volgens Van Deinse in het algemeen sprake van een toerekenbare handeling als die handeling zowel algemeen als specifiek (‘regtskundig’) toerekenbaar was. Van algemene toerekenbaarheid was sprake als de handelende persoon zijn daad had gekend en gewild.⁶⁰³ Specifieke toerekenbaarheid bestond als de dader zijn handeling bovendien had uitgevoerd met ‘volkomene kennis der onwettigheid’.⁶⁰⁴ In de algemene vorm (‘*imputatio generalis*’) beperkte de toerekenbaarheid zich tot ‘zelfbewustheid’, in de tweede vorm (‘*imputatio juridica*’) moest de dader zich

⁶⁰¹ Van Deinse 1852, p. 78; Van Deinse 1860, p.103. Ook citeert Van Deinse op dit punt in kleine letter de opvattingen van Von Feuerbach en Mittermaier, die sterk overeen lijken te komen met de door Van Deinse uitgedragen mening.

⁶⁰² Van Deinse 1852, p. 79; Van Deinse 1860, p. 104.

⁶⁰³ Van Deinse 1852, p. 80; Van Deinse 1860, p. 105.

⁶⁰⁴ Van Deinse 1852, p. 80; Van Deinse 1860, p. 105.

daarnaast bewust zijn geweest van de onwettigheid van zijn handeling en die ‘onwettige daad’ hebben gewild.⁶⁰⁵ Alleen daden die in vrijheid, zonder dwang en geheel uit vrije wil waren begaan, konden toerekenbaar zijn, aldus Van Deinse.⁶⁰⁶

Algemene toerekenbaarheid veronderstelde dus dat de dader in staat was tot het kennen en willen van zijn handeling, terwijl specifieke toerekenbaarheid bovendien veronderstelde dat hij wist dat zijn handeling onwettig was. Dit bracht Van Deinse tot de conclusie dat daden toerekenbaar waren, wanneer ze waren begaan terwijl de dader vrij gebruik kon maken van zijn denk- en wilsvermogen. Alleen dan kon de dader volkomen kennis hebben, zowel van de daad in het algemeen als van het onwettige en strafbare karakter. Vereist was volgens Van Deinse daarom ken- en wilsvermogen:

‘[H]oe de strafwet voor den gewonen mensch gemaakt wordt, en hoe de mensch zoo als die gewoonlijk is, door de Natuur is begiftigd met een kenvermogen en wils-vrijheid, om zoowel den Zusammenhang van zijn doen met de gevolgen daarvan te onderkennen (...).’⁶⁰⁷

De wilsvrijheid was volgens Van Deinse zozeer deel van de menselijke natuur dat de toerekenbaarheid van menselijke handelingen het uitgangspunt zou moeten zijn, zolang er geen contra-indicaties zijn:

‘Met andere woorden: dat iedereen moet geacht worden te weten en te willen wat hij doet.’⁶⁰⁸

Na die conclusie concentreerde van Deinse zich alleen nog maar op de gevallen waarin deze toerekenbaarheid ontbrak.

4.3.3. Het ontbreken van toerekenbaarheid

Van Deinse onderscheidde twee soorten daders bij wie toerekenbaarheid ontbrak: namelijk de daders die het strafbare karakter van hun handeling niet kenden en de daders die niet bij machte waren naar eigen inzicht en vrije wil te handelen. Dat laatste was het geval bij onbewust handelen, zoals bij dwaling en waanzin, situaties kortom:

⁶⁰⁵ Van Deinse 1852, p. 80; Van Deinse 1860, p. 105. De cursivering van onwettig is conform origineel.

⁶⁰⁶ Van Deinse 1852, p. 80; Van Deinse 1860, p. 105.

⁶⁰⁷ Van Deinse 1852, p. 81; Van Deinse 1860, p. 106.

⁶⁰⁸ Van Deinse 1852, p. 81; Van Deinse 1860, p. 106. Daaronder in een kleine letter een citaat van Mittermaier (1860) en Rossi, p. 239 (1852 en 1860).

‘waarin de mensch zoowel geene kennis draagt van het strafbare van zijn doen, als dat hij alle denkvermogen, alle zelfbewustheid mist; waarin dus gelijktijdig en de juridische en de algemeene toerekenbaarheid wordt uitgesloten.’⁶⁰⁹

Toerekenbaarheid was uitgesloten als de geestes- of zielstoestand van het niet kennen van de handeling bestond op het moment van handelen. Deze uitsluiting van de toerekenbaarheid kon volgens Van Deinsse alleen worden aangenomen als de dader buiten zijn schuld in een toestand van niet-kennen was geraakt. Bovendien meende hij dat een toestand van ‘niet kennen’, het bestaan van die toestand en het ontbreken van schuld aan het ontstaan van die toestand moesten worden bewezen.⁶¹⁰ Van Deinsse wees verschillende groepen personen aan bij wie toerekenbaarheid uitgesloten was vanwege onbewustheid door ‘niet kennen’: krankzinnigen, doofstommen, slapenden, slaapwandelaars, mensen die handelden onder invloed van hevige hartstochten en mensen die handelden onder invloed van bepaalde omstandigheden, zoals dronkenschap.⁶¹¹ Ook noemde Van Deinsse hier de jeugdigen en bejaarden. Hun daden konden aan hen niet worden toegerekend, omdat het handelingen waren die zonder zelfbewustheid waren begaan (geen onderscheidend vermogen bij jongeren, kindsheid bij bejaarden).⁶¹²

Bij het niet kennen van het strafbare karakter van de handeling maakte Van Deinsse onderscheid tussen de gevallen waarin zonder zelfbewustheid was gehandeld en de gevallen waarin alleen juridische toerekenbaarheid was uitgesloten. In het laatste geval bestond er wel toerekenbaarheid in algemene zin, maar ontbrak de juridische toerekenbaarheid omdat de dader niet wist wat hij deed; hij was onbekend met het strafbare karakter van zijn daad.⁶¹³ Voorzover deze onbekendheid met het karakter van de handeling veroorzaakt werd door de onbekendheid van de dader met de wet, stelde Van Deinsse dat er verschil was tussen de stellige en de natuurlijke misdrijven. De natuurlijke misdrijven waren de daden die uit hun aard strafbaar zijn, zoals moord, diefstal en brandstichting. De stellige misdrijven waren niet strafbaar vanwege hun onzedelijk en verwerpelijk karakter. Stellige misdrijven waren strafbaar

⁶⁰⁹ Van Deinsse 1852, p. 82; Van Deinsse 1860, p. 107-108. NB. Van Deinsse gebruikt hier ineens de term ‘juridische’ toerekenbaarheid naast de algemene toerekenbaarheid. Eerder in zijn boek (bijv. in de tweede druk (1860) op p. 105) maakt hij onderscheid tussen algemene en specifieke, ‘regtskundige’ toerekenbaarheid. Ik vermoed daarom dat hij met juridische toerekenbaarheid op hetzelfde doelt als met specifieke toerekenbaarheid.

⁶¹⁰ Van Deinsse 1852, p. 83; Van Deinsse 1860, p. 108. Van Deinsse merkt daarbij op dat dit voor de rechter als bewezen kon gelden bij ‘voldoende blijken’, maar dat als de verdachte zoiets beweerde zonder schijn van waarheid, het aan hem was om het tegendeel te bewijzen.

⁶¹¹ Van Deinsse 1852, p. 84-115; Van Deinsse 1860, p. 110-140.

⁶¹² Van Deinsse 1852 p. 113-115; Van Deinsse 1860, p. 137-140.

⁶¹³ Van Deinsse 1852, p. 115; Van Deinsse 1860, p. 140.

omdat ze waren opgenomen in de strafwet. Dit gold ook voor de strafbaarheid van overtredingen, ook die waren strafbaar omdat zij als strafbaar feit waren opgenomen in plaatselijke verordeningen of belastingwetten.⁶¹⁴ Ten aanzien van de natuurlijke misdrijven stelde Van Deinse dat noch gebrek aan kennis, noch het handelen te goeder trouw aan toerekenbaarheid in de weg kon staan:

‘Onder de eerstgenoemden [de natuurlijke misdrijven] ziet men gereedelijk, dat noch gebrek aan kennis, noch het handelen te goeder trouw de toerekenbaarheid kan doen vervallen, omdat de dader, ontegensprekelijk, ook buiten de wet, weten kon en moest, dat de handeling ongeoorloofd en onwettig is.’⁶¹⁵

Met betrekking tot de stellige misdrijven lag het echter anders. In principe, stelde Van Deinse, moest iedere onderdaan moeite doen om de wet te kennen en werd bovendien iedereen geacht de wet te kennen, als die behoorlijk bekend was gemaakt. Dat deed er volgens hem evenwel niet aan af dat zich uitzonderingen konden voordoen waarin de onwetendheid van de dader omtrent de inhoud van de wet aan de toerekenbaarheid in de weg stond:

‘[D]at er, als bij uitzondering, zich gevallen kunnen voordoen, waarin de dader na aangewend onderzoek en bij gewoon doorzicht van zaken in onkunde der wet verkeert, of, in de overtuiging is, dat er geene wetsbepaling bestaat. – Onder zoodanige exceptive omstandigheden is het klaarblijkelijk, dat ook de *ignoratia juris* gewettigd is en de toerekenbaarheid moet worden uitgesloten.’⁶¹⁶

Dergelijke exceptionele omstandigheden konden volgens hem aan de orde zijn bij ‘onopgevoede lieden, bij jongeren van jaren, bij vreemdelingen, en in het algemeen bij burgers, bij gevallen van vervroegden termijn van afkondiging der wet’. In alle andere gevallen was er echter sprake van ‘schuldige onwetendheid’, aldus Van Deinse.⁶¹⁷ Daarnaast erkende hij de mogelijkheid dat iemand het strafbare karakter van zijn handeling niet kende, omdat hij de feiten niet kende zoals ze werkelijk waren. In dat geval is er geen sprake van onwetendheid, maar van dwaling:

‘Zoo als de onwetende niets weet, gelooft daarentegen de dwalende te weten, maar anders dan de werkelijke waarheid is.’⁶¹⁸

⁶¹⁴ Van Deinse 1852, p. 116; Van Deinse 1860, p. 140.

⁶¹⁵ Van Deinse 1852, p. 115; Van Deinse 1860, p. 140.

⁶¹⁶ Van Deinse 1852, p. 116; Van Deinse 1860, p. 140-141.

⁶¹⁷ Van Deinse 1852, p. 116; Van Deinse 1860, p. 141.

⁶¹⁸ Van Deinse 1852, p. 117; Van Deinse 1860, p. 141.

Van Deinse onderkende dat men kon dwalen omtrent het recht of omtrent de feiten. Wat betreft de dwaling omtrent het recht, waren naar zijn mening dezelfde beginselen van toepassing als bij onkunde der wet. De juridische toerekenbaarheid moest worden uitgesloten als de dader bewees:

‘dat hij te goeder trouw heeft gedwaald, en dat hij na gedaan onderzoek, en bij gewoon doorzigt, die dwaling niet heeft moeten en kunnen ontdekken.’⁶¹⁹

Dit gold volgens Van Deinse ook voor dwaling omtrent de feiten, waardoor de handeling niet verder aan de wil van de dader kon worden toegerekend ‘dan zij werkelijk in diens voornemen haren oorsprong had’, mits de dwaling niet voortkwam uit zijn onoplettendheid. Daarmee bedoelde hij dat de handeling de dader wel moest worden toegerekend als de dader ‘den aard zijner dwaling had moeten en kunnen inzien’.⁶²⁰

Zoals aan het begin van deze paragraaf al bleek, ging Van Deinse uit van twee soorten daders bij wie een essentiële voorwaarde voor toerekenbaarheid ontbrak. Naast de hierboven besproken dader die het (strafbare) karakter van zijn handeling niet kende, wees hij op de dader die niet uit vrije wil handelde. Hierbij ging het om:

‘[D]en mensch, die, hoe zeer de noodige kennis omtrent zijne handelingen bezittende, van den anderen kant niet naar vrijen wil kan handelen en tegen zijn wil, de strafbare handeling volvoeren moet.’⁶²¹

Voor uitsluiting van de toerekenbaarheid kwam de dader echter alleen in aanmerking als de dader kon bewijzen dat die toestand bestaan had op het moment van handelen en dat die toestand buiten eigen schuld was ontstaan.⁶²² Bovendien moest zijn wilsvrijheid volledig hebben ontbroken; een toestand waarin zijn vrije wil alleen was beperkt, was niet voldoende:

‘Alleen de geheele uitsluiting kan in aanmerking komen en geenszins de toestand, waarin de dader handelde onder invloed van aandoeningen, die zijn wil wel is waar beperkten, maar hem evenwel genoegzame vrijheid lieten om uit eigene keuze tot de daad over te gaan (...) Alsdan blijft er altijd meerdere of mindere toerekenbaarheid over, en er alleen rede kan zijn van grootere of lichtere strafschuldigheid.’⁶²³

⁶¹⁹ Van Deinse 1852, p. 117; Van Deinse 1860, p. 142.

⁶²⁰ Van Deinse 1852, p. 117; Van Deinse 1860, p. 142.

⁶²¹ Van Deinse 1852, p. 118; Van Deinse 1860, p. 143.

⁶²² Van Deinse 1852, p. 119; Van Deinse 1860, p. 143-144.

⁶²³ Van Deinse 1852, p. 119; Van Deinse 1860, p. 144.

Deze voorwaarden voor het uitsluiten van toerekenbaarheid door het ontbreken van een vrije wil, waren alleen aanwezig wanneer de dader tot handelen werd gedwongen door overmacht zoals bedoeld in art. 64 CP, aldus Van Deïense.⁶²⁴

Overmacht kon ontstaan door fysiek of psychisch 'geweld'. Van fysiek geweld was volgens Van Deïense bijvoorbeeld sprake als iemand met een mes in zijn hand, door de duw van een ander een derde verwondde. Het psychische geweld moest ertoe leiden dat de dader sterk in zijn doen en laten werd beperkt. Van Deïense schreef:

'Dit ontbreken van allen vrijen wil heeft plaats, wanneer de dader tot handelen wordt gedwongen door overmagt, waaraan hij geen weerstand kon bieden (art. 64 C.P.); zulks geschiedt: (...) Bij zedelijk geweld (*vis moralis*), wanneer de middelen, die den dader in zijn doen en laten beperkten, van geheel zedelijken aard zijn. Onder welke omstandigheden zoodanige zedelijke geweldaandoening moet geacht worden aanwezig te zijn, laat zich a priori niet omschrijven en bepalen (...).'⁶²⁵

Als richtsnoer stelde hij echter dat nagegaan moest worden of het geweld werkelijk de dader was aangedaan (en niet berustte op inbeelding) en of het geweld van zodanige aard was dat de dader geen weerstand kon bieden, noch zich aan het geweld heeft kunnen onttrekken.⁶²⁶ Daarbij moest de maatstaf niet de kleinmoedige mens of de buitengewoon standvastige mens zijn, maar juist de mens 'zoo als die gewoonlijk is' en die mens moest door de dwang werkelijk in zijn vrije keuze beperkt zijn. Hiervan zou sprake kunnen zijn bij bedreigingen of bevelen, vooral wanneer er een hiërarchische verhouding tussen twee personen is zoals bij dienstboden, ambtenaren, militairen, kinderen en echtgenoten. Tegelijkertijd meende Van Deïense echter dat deze personen, hoewel tot gehoorzaamheid verplicht, het misdadige van een bevel konden inzien. Toch dacht Van Deïense dat het opvolgen van een bevel onder bepaalde omstandigheden aan toerekening in de weg kon staan:

'[D]at een van dergelijk superieur uitgegaan bevel somwijlen zoo dringende (imperieus) zijn kan, en een zoodanigen diepen indruk op het gemoed van den bevolene kan teweeg brengen, dat deze er werkelijk door bevangen en in zijne vrije wilsbestemming belemmerd wordt, zoo zeer zelfs, dat hij daaraan geen

⁶²⁴ Van Deïense 1852, p. 119; Van Deïense 1860, p. 144.

⁶²⁵ Van Deïense 1860, p. 144.

⁶²⁶ Van Deïense 1852, p.120; Van Deïense 1860, p. 144-145.

weerstand heeft kunnen bieden, en ondanks zich zelven (...) aan het bevel gehoorzaamde.⁶²⁷

Met dit standpunt ging Van Deinse verder dan de Franse auteurs Carnot en Dalloz, maar in geen van de arresten die hij vervolgens ter illustratie noemde (de hiervoor besproken arresten *Gat in dijk* en *Zoutzieder*) werd overmacht werkelijk aanvaard.⁶²⁸

4.3.4. De mate van schuld

Van Deinse besteedde ook aandacht aan de toerekenbaarheid van de handeling aan de dader, in het licht van diens wilskracht en denkvermogen. Hiermee bedoelde hij:

‘[H]oe iedere menselijke daad haren oorsprong vindt in den bepaalden en opzettelijken wil, om de bij de strafwet verbodene daad te plegen; of wel in eene onvoldoende voorzorg om zoodanige daad niet te plegen.’⁶²⁹

Opzet dan wel schuld was volgens Van Deinse een voorwaarde om het misdrijf te kunnen toeschrijven aan de dader. Dat opzet bestond volgens hem uit:

‘[D]en bepaalden wil en het voornemen om een misdrijf te volvoeren.’⁶³⁰

De schuld, als voorwaarde voor aansprakelijkheid bij delicten waar opzet geen deel uitmaakte van de delictsomschrijving, bestond volgens hem uit:

‘[H]et veronachtzamen van voldoende voorzorg om de bij de Strafwet verbodene daad niet te plegen of de gebodene te volvoeren, of het niet aanwenden van de verpligte aandacht of voorzorg, om de strafwet niet te overtreden.’⁶³¹

Deze schuld bestond dus uit het minder oplettend zijn dan de wet vereiste, en dan nodig was om het begaan van een delict te voorkomen. Daarbij verwees Van Deinse naar art. 319 en 320 CP, over ‘onwilligen manslag, kwetsuren en slagen’ en art. 458 CP over het veroorzaken van brand door het verzuim schoorstenen te herstellen en schoon te houden of ‘onvoorzigtelijk’ om te gaan met vuur en licht.⁶³²

⁶²⁷ Van Deinse 1860 p. 145. Vgl. Van Deinse 1852, p. 120, waarin hij schrijft dat het geweld van dien aard moet zijn dat de mens ‘zoo als die gewoonlijk is, daardoor werkelijk in zijn vrije keuze beperkt moet zijn’.

⁶²⁸ Van Deinse 1852, p. 121; Van Deinse 1860, p. 145-146. Vgl. Carnot & Drault 1825, p. 310 e.v., Dalloz 1829, p. 301 e.v. Van Deinse noemde (1860): HR 31 aug 1849, RB Utrecht 4 nov 1847, HR 30 sept 1845 (Bolk c.s.), HR 12 dec 1843 (*Zoutzieder*).

⁶²⁹ Van Deinse 1852, p. 122; Van Deinse 1860, p. 146.

⁶³⁰ Van Deinse 1852, p. 126; Van Deinse 1860, p. 151.

⁶³¹ Van Deinse 1852, p. 136; Van Deinse 1860, p. 160.

⁶³² Van Deinse 1852, p. 139; Van Deinse 1860, p. 163.

Voor de toerekening van overtredingen was opzet of schuld geen voorwaarde. Daardoor werd het materiële feit belangrijker. Van Deinse koppelde bij overtredingen het (bewezen) materiële feit aan de algemene toerekenbaarheid:

'Bij alle overtredingen van politie-verordeningen (...) is het materiële feit voldoende ter toepassing van de bedreigde straf, zonder dat daarbij behoeft te worden onderzocht, of er met moedwil of bij verzuim, ter goeder trouw of door dwaling gehandeld is; altijd evenwel in dien verstande dat de algemeene toerekenbaarheid aanwezig moet zijn (...).'⁶³³

Dat betekent dus dat wanneer algemene toerekenbaarheid ontbrak, de overtreding volgens Van Deinse ook niet strafbaar zou moeten zijn. Algemene toerekenbaarheid werd volgens hem aanwezig verondersteld, zo zagen we hiervoor. Dit betekende dat de dader in staat was tot het kennen en willen van zijn handeling.⁶³⁴ Net als Rossi hield Van Deinse dus vast aan de algemene toerekenbaarheid als voorwaarde voor aansprakelijkheid, ook bij overtredingen. Mede door de manier waarop Van Deinse aankeek tegen de dwaling, die onder bepaalde voorwaarden ook aan de algemene toerekenbaarheid in de weg stond, wilde Van Deinse ruimere mogelijkheden scheppen voor een royale verwezenlijking van het schuldbeginsel.

In het werk van Van Deinse zijn al met al verschillende aanzetten tot een ruimere opvatting van het schuldbeginsel terug te vinden. Daartoe behoren met name zijn beschouwingen inzake de algemene toerekenbaarheid als algemene voorwaarde voor aansprakelijkheid (bij elk strafbaar feit). In dezelfde richting wijzen zijn beschouwingen over de overmacht, die Van Deinse ruimer wilde interpreteren dan in het Franse strafrecht gebruikelijk was.

5. Samenvatting en conclusie

In dit hoofdstuk stond de periode na de Franse overheersing centraal; het tijdvak 1813-1886. Kenmerkend voor deze periode was dat het Franse wetboek van strafrecht, de Code pénal, van kracht bleef omdat er geen Nederlands alternatief voorhanden was. Wel gold sinds 1838 een Nederlands Wetboek van Strafvordering, maar dit was op veel punten een kopie van de Code d'instruction criminelle.

De Code pénal werd in de loop van de negentiende eeuw op verschillende punten aangepast. De grootste wijzigingen betroffen het strafstelsel en de verruiming van de

⁶³³ Van Deinse 1852, p. 125; Van Deinse 1860, p. 147.

⁶³⁴ Van Deinse 1852, p. 80; Van Deinse 1860, p. 105.

mogelijkheden voor de rechter om de straf te matigen. Ook werd de positie van de rechter versterkt doordat de juryrechtspraak werd afgeschaft.

De rechter werd, door het onvermogen van de wetgever om een nieuw wetboek tot stand te brengen, opgezadeld met de lastige taak het Franse strafrecht zodanig toe te passen dat dit in overeenstemming was met de Nederlandse rechtscultuur en het algemene rechtvaardigheidsgevoel. Behalve de Code pénal waren ook allerlei andere Franse wetten, besluiten en decreten van kracht gebleven. Bovendien waren verschillende oude Nederlandse wetten, verordeningen en lokale reglementen opnieuw afgekondigd. De positie van de rechter kreeg daardoor meer gewicht; de strafwetgeving werd steeds gecompliceerder en onoverzichtelijker en in die onoverzichtelijke situatie moest de rechter het recht zien te vinden en dat conform de Nederlandse rechtscultuur trachten toe te passen.

De in dit hoofdstuk besproken arresten geven een indruk van de wijze waarop de Nederlandse strafrechter met de strafwetgeving omging. Waar het Souverein Besluit van 11 december 1813 of een andere wet niet afweek van de Code pénal, volgde hij de Franse jurisprudentie. In een bijzondere strafwet zoals de belastingwet die centraal stond in het Zakje zout-arrest, was echter niet altijd voorzien in soortgelijke basisvoorzieningen als in de Code pénal. De Hoge Raad concludeerde in dat geval op grond van de algemene beginselen van strafrecht dat een achtjarig kind niet strafbaar kon zijn.

Van Deinse schreef ook over de algemene beginselen van het strafrecht en werkte die in zijn boek verder uit. Met zijn beschrijving van de overmacht stuurde hij aan op een ruimere interpretatie van dat begrip. Ook onderscheidde hij twee vormen van overmacht en wilde hij – onder strenge voorwaarden – ook verschoonbare dwaling als grond voor straffeloosheid aanmerken. Met deze dogmatische aanvulling op het bestaande stelsel van gronden voor straffeloosheid, bereidde Van Deinse de weg voor een bredere verwezenlijking van het schuldbeginnsel.

In de periode na de Franse overheersing zijn door de wetgever, de jurisprudentie en de doctrine belangrijke stappen gezet in de richting van een royalere toepassing van het schuldbeginnsel. Zoals met name Van Deinse en Schooneveld expliciet benadrukten, was hiermee een eigen, nationaal wetboek van strafrecht zeker niet overbodig geworden. In tegendeel, door de vele aanvullings- en wijzigingswetgeving was er een onoverzichtelijke lappendeken aan strafwetgeving ontstaan waardoor de behoefte aan een uniform en bij de eigen rechtscultuur aansluitend wetboek nog sterker werd gevoeld. Het tot stand komen van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht en wat dit betekende voor de verwezenlijking van het schuldbeginnsel, staan centraal in het volgende hoofdstuk.

HOOFDSTUK 5

De invoering van een Nederlands Wetboek van Strafrecht en de gevolgen daarvan voor de realisatie van het schuldbeginnsel

1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk bleek dat in de Nederlandse praktijk het Franse strafrecht op geheel eigen wijze werd toegepast. De Code pénal zou ‘voorlopig en tot dat daaromtrent nader zou zijn voorzien’ worden gehandhaafd. Aan de andere kant bewerkstelligden dit Souverein Besluit en later de Wet van 29 juni 1854 dat er een Nederlandse praktijk ontstond die leidde tot een andere toepassing van de strafwet dan onder het Franse regime het geval was geweest.

Naarmate een nationaal wetboek langer op zich liet wachten, werd via een groeiend aantal wetten en besluiten geprobeerd het geschreven strafrecht beter te laten aansluiten bij de Nederlandse behoeften en rechtscultuur. De praktijk die op deze manier ontstond, werd een belangrijke bouwsteen voor het nieuwe wetboek. De eerste helft van dit hoofdstuk laat zien hoe het wetboek tot stand kwam. Hierin werd wat betreft de realisatie van het schuldbeginnsel een grote stap voorwaarts gezet met een regeling die verdere uitbouw van de gegroeide praktijk mogelijk maakte, onder meer door de invoering van een uniforme minimumstraf.

De tweede helft van dit hoofdstuk richt zich op de (verschoonbare) dwaling als een verweer dat, ook na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht, vooral bij overtredingen problematisch bleef. De vraag of en zo ja welke consequenties aan het ontbreken van opzet of schuld bij de dader van een overtreding verbonden moesten worden, werd in de Nederlandse literatuur onderwerp van discussie. Het Water en melk-arrest gaf dat debat een nieuwe impuls; daarna richtte de discussie zich vooral op de vraag wat het arrest precies betekende. Het hoofdstuk sluit af met de latere ontwikkelingen rond de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (avas).

2. Het Wetboek van Strafrecht 1886

2.1. Aanloop

In 1870 door werd door Van Lilaar, destijds Minister van Justitie een Staatscommissie belast met de opdracht om een Wetboek van Strafrecht te ontwerpen.⁶³⁵ Deze Staatscommissie werd voorgezeten door De Wal, hoogleraar strafrecht in Leiden. Secretaris van de Staatscommissie werd De Pinto, hoofdamtenaar bij het Ministerie van Justitie en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Den Haag. De overige leden van de Staatscommissie waren François, raadsheer in het Provinciaal Gerechtshof Zuid-Holland, Pols, advocaat bij de Hoge Raad en auditeur-militair in de eerste militaire afdeling voor de provincie Zuid-Holland, en Modderman, hoogleraar rechtsgeleerdheid te Amsterdam. Toen François zich in 1872 om gezondheidsredenen terugtrok, nam Loke, raadsheer bij het Provinciaal Gerechtshof Zuid-Holland, zijn plaats in.⁶³⁶

In 1875 kwam de Staatscommissie met zijn ontwerp voor een Wetboek van Strafrecht. Bosch constateerde later dat in het ontwerp met name de signaturen van De Wal, Pols en De Pinto te herkennen waren.⁶³⁷ Van alle buitenlandse voorbeelden die door de Staatscommissie waren geraadpleegd, meende Pompe dat vooral de Code pénal van 1810 en het Duitse Reichsstrafgesetzbuch van 1870 van invloed waren geweest op het Nederlandse ontwerp.⁶³⁸ Het ontwerp kreeg in binnen- en buitenland complimenten en kritische opmerkingen.⁶³⁹ Het advies van de Raad van State uit 1876 bijvoorbeeld roemde de kwaliteit van het ontwerp, maar achtte het niet voldoende bruikbaar in de praktijk.⁶⁴⁰

In 1878 werd het ontwerp uit 1875 opgepakt door H.J. Smidt, die op dat moment Minister van Justitie was. Hij besloot na overleg met de leden van de voormalige Staatscommissie tot een aantal wijzigingen en aanvullingen op het ontwerp. In deze aanpassingsronde werd het ontwerp ingekort door veel bepalingen in het derde boek, die waren ontleend aan bijzondere wetten, te schrappen. Deze aangepaste en ingekorte versie werd in juni 1878 nogmaals naar de Raad van State gezonden en aan een taalkundige controle onderworpen. Naar aanleiding van het advies van de Raad

⁶³⁵ Bosch 1965, p. 43-44.

⁶³⁶ Bosch 1965, p. 44.

⁶³⁷ Bosch 1965, p. 45.

⁶³⁸ Pompe 1950, p. 23

⁶³⁹ Bosch 1965, p. 46.

⁶⁴⁰ Bosch 1965, p. 46-47.

van State werd het ontwerp opnieuw aangepast, waarna het in februari 1879 bij de Tweede Kamer werd ingediend.⁶⁴¹

Inmiddels was Smidt als Minister van Justitie opgevolgd door Modderman.⁶⁴² In die rol was Modderman verantwoordelijk voor het aanpassen en aanvullen van het ontwerp van de Commissie De Wal en als zodanig verdedigde hij het ontwerp in de Tweede Kamer.⁶⁴³ Als Minister van Justitie drukte Modderman zo (nogmaals) een stempel op het Wetboek van Strafrecht. Uiteindelijk werd het ontwerp met 58 tegen 10 stemmen aangenomen door de Tweede Kamer.⁶⁴⁴ Op 2 maart 1881 werd het ontwerp ook door de Eerste Kamer aangenomen, maar de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd bepaald op een later bij wet vast te stellen tijdstip.⁶⁴⁵ Nadat verschillende andere wetten waren aangepast en er voldoende cellen waren bijgebouwd om het nieuwe strafstelsel te kunnen verwezenlijken, trad het Wetboek van Strafrecht op 1 september 1886 in werking.⁶⁴⁶

2.2. Het Wetboek van Strafrecht en het schuldbeginnel

2.2.1. Inleiding

Wat de invoering van het nieuwe Wetboek voor de realisatie van het schuldbeginnel heeft betekend, wordt hieronder aan de hand van twee thema's uitgewerkt: het strafbare feit en de straf. In het Franse recht kreeg het schuldbeginnel gestalte via de *coupable*-verklaring en de *faits d'excuse*. In het Nederlandse strafrecht van na 1813 kreeg de rechter meer armslag door de afschaffing van de jury en de ruime verzachtingsgronden die door het Souverein Besluit van 11 december 1813 en de wet van 29 juni 1854 werden geïntroduceerd. In het nieuwe Wetboek van Strafrecht werd deze Nederlandse praktijk, ontstaan als gevolg van het Souverein Besluit en de wet van 29 juni 1854, op een passende wettelijke leest geschoeid.

Het onderscheid tussen *crimes*, *délits* en *contraventions* maakte plaats voor het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen. De motieven voor de keuze voor dit nieuwe onderscheid en de consequenties daarvan worden besproken in

⁶⁴¹ Bosch 1965, p. 48; Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 82; KB van 22 februari 1879 'Ontwerp van wet tot vaststelling van een wetboek van strafrecht' (ook: Oorspronkelijk Regeringsontwerp (ORO) of Ontwerp Smidt).

⁶⁴² Dit was dezelfde Modderman, hij was ook lid geweest van de Staatscommissie.

⁶⁴³ Boch 1965, p. 48-49; Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 83. Het na overleg met de Commissie van Rapporteurs aangepaste ontwerp werd ook wel het Gewijzigd Regeringsontwerp (GO), Regerings Ontwerp II of het Ontwerp Modderman genoemd.

⁶⁴⁴ Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 83.

⁶⁴⁵ Wet tot vaststelling van een Wetboek van Strafrecht van 3 maart 1881, Stb. 35; Bosch 1965, p. 49; Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 84.

⁶⁴⁶ Wet van 15 april 1886, Stb. 64; Smidt 1891, p. 3; Bosch 1965, p. 49-51.

paragraaf 2.2.2 en paragraaf 2.2.3. Daarna wordt in paragraaf 2.2.4 stilgestaan bij het strafstelsel en de afschaffing van de strafminima per delict. De codificatie van de algemene strafuitsluitingsgronden in de derde titel van het eerste boek komt in paragraaf 2.2.5 aan de orde.

2.2.2. De indeling van de strafbare feiten

Anders dan de Code pénal, die de strafbare feiten op grond van de bedreigde straffen in drie categorieën onderscheidde, verdeelde het Wetboek van Strafrecht de strafbare feiten over twee categorieën op grond van hun aard en karakter. Dit leverde het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen op. Voor de keuze om de strafbare feiten te onderscheiden in misdrijven en overtredingen, werden in de Memorie van Toelichting een aantal redenen aangevoerd. Eén van deze redenen was dat er door het afschaffen van de jury geen formele reden meer bestond voor het onderscheid tussen *crimes* en *délits*. Bovendien was het verschil in zwaarte van de straf tussen misdaden en wanbedrijven veel kleiner geworden als gevolg van het stelsel van verzachtende omstandigheden dat in de Nederlandse rechtspraak werd gehanteerd.⁶⁴⁷ Uitgangspunt voor de tweedeling was, blijkens de Memorie van Toelichting, het verschil tussen rechts- en wetsoverdelicten:

‘Er zijn feiten die het regt, en er zijn andere (...) die de wet eerst als strafbaar stempelt, volgens de juiste uitdrukking van Luden. (...)’

Nu eens wordt straf bedreigd tegen een feit (handeling of verzuim) dat, ook al kon het toen nog niet door den regter gestraft worden, reeds onregt was vóórdat de wetgever sprak, en waarvan wij het onregtvaardige zouden beseffen ook al had de wetgever niet gesproken. In dat geval is er “misdrijf”. Dan weder geldt het een feit dat ook in den hooger, regtswijsgeerigen zin eerst onregt wordt door de wet; - waarvan ons het onregtvaardige alleen uit de wet bekend kan zijn, in dit geval bestaat eene “overtreding”.⁶⁴⁸

Zowel het criterium voor het verschil tussen misdrijven en overtredingen als de noodzaak om onderscheid te maken tussen soorten strafbare feiten, werd niet onmiddellijk aanvaard. De Raad van State plaatste vraagtekens bij de keuze voor een tweedeling en stelde de vraag of een tweedeling niet vermeden had kunnen worden, bijvoorbeeld door de overtredingen in een apart wetboek buiten het Wetboek van Strafrecht onder te brengen.⁶⁴⁹ Modderman benadrukte echter dat de overtredingen

⁶⁴⁷ Smidt 1891, p. 60-64.

⁶⁴⁸ Smidt 1891, p. 64.

⁶⁴⁹ De Raad van State stelde uiteindelijk dat in de tweeledige indeling ‘naar ’s Raads inzien kan worden berust’, Smidt 1891, p. 66-67.

niet in een afzonderlijk wetboek behandeld moesten worden; dat paste niet bij de codificatiegedachte. De overtredingen waren onderdeel van het strafrecht en hoorden daarom in het Wetboek van Strafrecht thuis, zo meende hij.⁶⁵⁰

De Commissie van Rapporteurs concludeerde dat er misschien filosofische bezwaren waren tegen het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen, maar dat die er niet aan in de weg stonden dat er nu eenmaal een verschil was tussen beide categorieën strafbare feiten:

‘Al zou de *philosophische grond* voor de onderscheiding, welke de Regering aangeeft – *regts-* of *wetsschennis* – tot twijfel aanleiding kunnen geven, dit zou niet beletten, dat toch het verschil: opzet of schuld bij *misdrijven*, afwezigheid van opzet of schuld als een der elementen van het strafbaar feit bij *overtredingen*, voldoende dat verschil zou kenmerken, niet alleen, maar tevens de rechtvaardiging zou insluiten van een kwalitatief onderscheid in de te bedreigen straf.⁶⁵¹

De grens tussen misdrijven en overtredingen is dus getrokken op basis van de aard en het karakter van het strafbare feit. Dat onderscheid viel, volgens de Commissie, samen met twee andere verschillen tussen misdrijven en overtredingen: de aanwezigheid van opzet of schuld als bestanddelen van het strafbare feit en de (soort) straf. Die gedachte werd door Modderman min of meer onderschreven:

‘Met de Commissie is de Minister van oordeel dat onderscheid tusschen misdrijf en overtreding alleen dan te billijken is, wanneer, gelijk inderdaad het geval is, de aard, het karakter van het strafbaar feit grondslag van dat onderscheid uitmaakt. In de gelijkstelling van opzet en schuld bij overtredingen, en het niet bestaan van noodzakelijkheid om bij deze feiten een dezer beide uitdrukkelijk te eischen, ziet hij [Minister Modderman] dan ook niet het criterium voor bedoelde onderscheiding, maar een der vele practische redenen waarom het noodig is de, in den aard der zaak gelegen, onderscheiding ook in de wet te erkennen.⁶⁵²

Een praktisch argument voor het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen was dus gelegen in de noodzaak om altijd of opzet of schuld onderdeel te laten uitmaken van de omschrijving van het misdrijf, gezien de aard en het karakter van het strafbare feit. Deze noodzaak ontbrak bij de overtredingen, net als de noodzaak om onderscheid te maken tussen het opzettelijk en het nalatig begaan van een

⁶⁵⁰ Smidt 1891, p. 66-67.

⁶⁵¹ Smidt 1891, p. 69. Cursivering conform origineel.

⁶⁵² Smidt 1891, p. 69.

overtreding, aldus Modderman. Dit was ook de strekking van de Memorie van Toelichting bij het Derde boek ten aanzien van het verschil tussen misdrijven en overtredingen:

‘In onderscheiding van het tweede boek, wordt bij overtredingen nergens van opzet of schuld gewag gemaakt. Hieruit volgt, dat er ten aanzien van opzet of schuld tusschen misdrijf en overtreding een tweeledig onderscheid bestaat:

a) Tot het wezen van een misdrijf behoort altoos hetzij opzet, hetzij schuld; waar de wet beide erkent, is, op enkele uitzonderingen na (...) naarmate òf het een òf het ander aanwezig is, eene verschillende qualificatie aan het feit te geven.

Anders bij overtredingen. Of iemand opzettelijk dan wel uit onnadenkendheid nalaat aan eene oproeping als getuige gevolg te geven, bij den burgerlijken stand opgave of aangifte te doen, of aan het bevoegd gezag, waar de strafwet dit eischt, voor zekere handeling verlof te vragen; of iemand opzettelijk of door zijne schuld in kennelijken staat van dronkenschap zich in het openbaar vertoont; of iemand bewust of onbewust vee drijft op eens anders grond; - dat doet, al kan de regter bij de bepaling der straf er op letten, voor het bestaan en de qualificatie der overtreding niets af.

b) Waar het een misdrijf geldt, moet altijd òf van opzet òf van schuld het bewijs aanwezig zijn; een bewijs dat niet zelden uit het feit zelf onmiddellijk voortvloeit, doch over welks bestaan dan toch uitspraak moet worden gedaan. Bij overtredingen daarentegen, behoeft de wetgever naar het bestaan van opzet of zelfs van schuld geen bijzonder onderzoek in te stellen, noch daarover uitdrukkelijk te beslissen. Heeft de beklaagde in strijd met de strafwet iets gedaan of iets nagelaten? Ziedaar de eenvoudige vraag wier toestemmende beantwoording tot veroordeling leiden moet, tenzij naar de, ook bij overtredingen toepasselijke, bepalingen van den derden titel van het eerste boek, de strafbaarheid mogt zijn uitgesloten.⁶⁵³

Deze gedachtegang werd bij de behandeling van het derde boek niet meer betwist. Dat wekt geen verbazing. Ten eerste waren de bezwaren tegen het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen al eerder naar voren gebracht. Daarnaast was het standpunt dat voor de aansprakelijkheid ter zake van overtredingen geen opzet of schuld vereist was, omdat *matérialité* voldoende was, kennelijk algemeen aanvaard. In het vorige hoofdstuk zagen we dat ook Van Deinse van mening was dat bij

⁶⁵³ Smidt 1891, p.175.

overtredingen het materiële feit het uitgangspunt vormde voor aansprakelijkheid. Dat was ook zo geweest in de Nederlandse praktijk onder de Code pénal.⁶⁵⁴

2.2.3. Opzet en schuld

In hoofdstuk 3 zagen we dat in de Franse rechtspraak het begrip *intention* aan het begin van de negentiende eeuw nog geen heldere definitie had. Dat zou samen kunnen hangen met het feit dat de jury moest beslissen over de vraag of de verdachte met *intention* had gehandeld. De jury bestond uit twaalf leken die door een loting waren gekozen. Het ontbreken van professionaliteit en continuïteit bij de juryrechtspraak kan mogelijk verklaren waarom een nadere precisering van het begrip *intention* uitbleef. In Nederland veranderde die situatie doordat in het Souverein Besluit van 11 december 1813 de jury werd afgeschaft. Daardoor werd de rechtspraak weer een zaak van beroepsrechters. Dit bood de rechtspraak de mogelijkheid om het opzetbegrip te verhelderen.⁶⁵⁵ Bij de behandeling van het opzetbegrip door de wetgever bleek dat er inmiddels verschillende opvattingen over de interpretatie van het opzetbegrip waren ontwikkeld. Met name de vraag of opzet ‘boos opzet’ betekende, kreeg veel aandacht.⁶⁵⁶

Hoewel in het wetsontwerp geen definitie van opzet of schuld was opgenomen, werd in de wetsgeschiedenis wel gesproken over beide begrippen. Volgens de Memorie van Toelichting was het uitgangspunt dat in de regel opzet, en alleen bij uitzondering, schuld vereist was voor de aansprakelijkheid ter zake van een misdrijf:

‘Die straf, de krachtigste uiting van het staatsgezag, moet echter in den regel alleen hem treffen die de verboden handeling heeft te weeg gebracht willens en wetens. Die wil is het normaal subjectief vereischte van alle misdrijven. Alleen bij uitzondering – eene uitzondering, binnen enge grenzen te beperken – wordt eene daad als misdrijf (*delictum culposum*) aangemerkt ook al heeft de dader haar niet gewild. Men mag dus aannemen, en het zoude onnodig zijn daarvoor een breed betoog te leveren, dat in den regel geen daad als misdrijf strafbaar moet worden gesteld dan die welke uiting is van des daders bewuste en vrije wilsbepaling.’⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Zie Hoofdstuk 4, par. 4.3.4.

⁶⁵⁵ Dit proces werd ook gestimuleerd door het ontstaan na 1848 van verschillende jurisprudentietijdschriften, zoals het Weekblad van het Recht.

⁶⁵⁶ Smidt 1891, p. 77.

⁶⁵⁷ Smidt 1891, p. 77.

Het opzet bestond dus uit bewust, willens en wetens handelen of nalaten. Over de betekenis van de schuld is de Memorie van Toelichting minder duidelijk, genoemd worden onvoorzichtigheid, nalatigheid en gebrek aan voorzorg:

‘Schuld (...) is in al de artikelen van het tweede boek, waarin deze uitdrukking voorkomt, de zuivere tegenstelling van opzet aan de eene, van toeval (casus) aan de andere zijde. (...) In de opsomming van de verschillende soorten van schuld (...) moet de wetgever niet treden, veel beter is het hier in alle gevallen dezelfde algemeene uitdrukking te bezigen, ten einde de regter geheel vrij zij in de waardering van de bewezen omstandigheden ter beslissing van de bloot feitelijke vraag, of, bij gebreke van opzet, het feit aan des beklaagden schuld is te wijten.’⁶⁵⁸

Deze toelichting vond de Commissie van Rapporteurs niet bevredigend en daarom stelden de leden van de Commissie voor om in elk geval uit de wet te laten blijken dat de *culpa levis* onvoldoende was voor aansprakelijkheid bij een culpoos delict. Van *culpa levis* was sprake als de verdachte minder doordacht, met minder beleid of met minder kennis handelde dan de meest verstandige, meest kundige en meest voorzichtige mens.

Aangezien Modderman de nadere uitwerking van het schuldbegrip aan de rechter wilde overlaten, was hij geen voorstander van het opnemen van een definitie van schuld in de wet. Desgevraagd bevestigde hij dat de strafrechtelijk relevante schuld volgens hem de *culpa lata* zou moeten zijn. Van deze vorm van schuld was sprake als de verdachte minder voorzichtig was, minder wist of minder had nagedacht dan een mens in het algemeen zou behoren te doen of behoorde te weten.⁶⁵⁹ Welke mate van onnadenkendheid of onkunde schuld in de zin van *culpa lata* zou opleveren, wilde Modderman echter niet in het algemeen vastleggen. Desondanks was de Commissie van Rapporteurs tevreden:

‘Zij [de Commissie van Rapporteurs] verheugt zich dat de Regering met haar van oordeel is, dat voor het bestaan van schuld nog meer noodig is dan afwezigheid van overmagt of toeval, en dat dus bij elke veroordeeling wegens schuld zal moeten worden aangetoond waarom bij ontstentenis van opzet de daad toerekenbaar is (...).’⁶⁶⁰

De afbakening van de schuld als *culpa lata* had, zoals meerdere keren door Modderman werd benadrukt, alleen betrekking op de misdrijven. Een uitspraak over de mate

⁶⁵⁸ Smidt 1891, p. 84-85.

⁶⁵⁹ Smidt 1891, p. 85.

⁶⁶⁰ Smidt 1891, p. 86.

van schuld vereist voor aansprakelijkheid in het algemeen, dus voor misdrijven én overtredingen, was het dus niet.

De opvatting dat schuld kon worden aangenomen als overmacht afwezig was, laat zien dat er naast de voor misdrijven aanvaarde *culpa lata* ook andere definities van schuld waren. Uit de behandeling van de begrippen opzet en schuld in de Tweede Kamer bleek dat men bij het afwijzen van de *culpa levis* als schuldbegrip alleen de misdrijven voor ogen had. Daarmee was dit schuldbegrip niet verlaten wat betreft de aansprakelijkheid ter zake van overtredingen. In de Memorie van Toelichting bij het Derde Boek werd daarover opgemerkt:

‘Bij overtredingen daarentegen, behoeft de wetgever naar het bestaan van opzet of zelfs van schuld geen bijzonder onderzoek in te stellen, noch daarover uitdrukkelijk te beslissen. (...) [T]enzij naar de, ook bij overtredingen toepasselijke, bepalingen van den derden titel van het eerste boek, de strafbaarheid mogt zijn uitgesloten.’⁶⁶¹

De Memorie van Toelichting bevestigde dus nogmaals dat opzet en schuld bij overtredingen niet werden geëist. Dit was op zich niets nieuws, want bij de behandeling van deze begrippen bleek al dat het daarbij alleen om misdrijven ging.

Zoals blijkt uit de laatste zin van het citaat uit de Memorie van Toelichting werd het bereik van de gronden voor straffeloosheid uitgebreid doordat alle strafuitsluitingsgronden uit het Eerste Boek nu ook op de overtredingen van toepassing waren. In dat opzicht kreeg het schuldbeginsel ook bij overtredingen dus meer ruimte dan ten tijde van de Code pénal doordat niet alleen overmacht en waanzin tot straffeloosheid konden leiden, maar alle strafuitsluitingsgronden. De strafuitsluitingsgronden komen hierna in paragraaf 2.2.5 aan de orde.

2.2.4. Het strafstelsel

De Staatscommissie stond een strafstelsel voor ogen waarin de gevangenisstraf als vrijheidsstraf werd gereserveerd voor de opzettelijk gepleegde misdrijven en de hechtenis voor vergrijpen van minder ernstige aard: culpoze misdrijven en overtredingen.⁶⁶² Als alternatief voor de vrijheidsstraf kon de rechter een geldboete opleggen, maar de vrijheidsstraf had de voorkeur.⁶⁶³ De geldboete en de vrijheidsstraf

⁶⁶¹ Smidt 1892, p.175.

⁶⁶² Bosch 1965, p. 117-121; Smidt 1891, p. 200 e.v. Door Oldenhuis Gratama werd een amendement ingediend dat voorstelde om de gevangenisstraf voor de misdrijven en de hechtenis voor de overtredingen te reserveren, maar dit werd verworpen.

⁶⁶³ Bosch 1965, p. 122-123; Smidt 1891, p. 148-149.

konden aanvankelijk dus niet cumulatief worden opgelegd, zoals ten tijde van de Code pénal wel het geval was geweest.

Dit leidde tot een relatief eenvoudig strafstelsel. Eenvoudig in die zin dat er drie hoofdstraffen en vier bijkomende straffen waren, meer niet. De hoofdstraffen waren de gevangenisstraf, de hechtenis en de geldboete. De bijkomende straffen waren de ontzetting van rechten, de verbeurdverklaring van bepaalde voorwerpen, de plaatsing in een rijkswerkinrichting en de openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak.⁶⁶⁴ Het ontwerp voorzag in een levenslange en een tijdelijke gevangenisstraf. De tijdelijke gevangenisstraf had in het oorspronkelijke ontwerp een duur van ten minste zes dagen en ten hoogste vijftien jaar.⁶⁶⁵ De hechtenis was eveneens een tijdelijke vrijheidsstraf en duurde ten minste één dag en maximaal één jaar.⁶⁶⁶ De minimale geldboete bedroeg f 0,50, zowel voor misdrijven als voor overtredingen.⁶⁶⁷

De eenvoud van het strafstelsel was vooral een gevolg van de keuze om de doodstraf, de lijfstraffen en de ontkerende straffen (het tuchthuis) niet te handhaven.⁶⁶⁸ Ook kende het ontwerp-Wetboek geen strafminima per delict. Daardoor verviel het systeem van verzachtende omstandigheden dat noodzakelijk was geweest om een lagere straf op te kunnen leggen dan het (delicts)minimum. Het voorgestelde strafstelsel werd in de Tweede Kamer echter niet zonder meer aanvaard. In de Commissie van Rapporteurs werd door een minderheid gepleit voor een zwaardere vrijheidsstraf bij bijvoorbeeld recidive. Volgens enkele leden zou opsluiting op water en brood voor een deel van de straftijd 'hoogst wenschelijk' zijn.⁶⁶⁹ Anderen, waaronder Van Baar, vreesden dat opsluiting, al dan niet op water en brood, niet voldoende afschrikwekkend was. Hij meende dat het preventieve signaal dat van de straf diende uit te gaan niet krachtig genoeg zou zijn zonder de doodstraf als zwaarste straf.⁶⁷⁰ De doodstraf was destijds relatief recent, namelijk in 1870, officieel afgeschaft.⁶⁷¹

De keuze voor lage minimumstraffen sloot aan bij de Nederlandse rechtscultuur zoals die zich in de loop van de negentiende eeuw in het Nederlandse strafrecht onder de Code pénal had ontwikkeld. Anders dan in de Code pénal 1810 of het

⁶⁶⁴ Van Hamel & Van Dijck 1927, p. 482-483.

⁶⁶⁵ Smidt 1891, p. 207.

⁶⁶⁶ Smidt 1891, p. 298 ev.

⁶⁶⁷ Smidt 1891, p. 319 ev.

⁶⁶⁸ Smidt 1891, p. 148 e.v., p. 157 e.v. en p. 168 e.v. Zie ook Bosch 1965, p. 117.

⁶⁶⁹ Smidt 1891, p. 149

⁶⁷⁰ Smidt 1891, p. 151. Van Baar stond hierin overigens niet alleen, maar kreeg later bijval van dhr. Bichon van IJsselmonde, zie Smidt 1891, p. 169 e.v. en p. 216.

⁶⁷¹ Wet van 17 september 1870, Stb. 1870, 162.

Duitse Strafgesetzbuch uit 1871, was in het Nederlandse wetboek gekozen voor algemene, uniforme minimumstraffen. Zoals gezegd was in het oorspronkelijke ontwerp-wetboek een minimale gevangenisstraf van zes dagen voorgesteld, maar de Commissie van Rapporteurs vond dat te hoog.⁶⁷²

‘Bij het wegvallen van het systeem der verzachtende omstandigheden, moet het minimum zoo laag mogelijk worden gesteld, om te voorkomen dat de regter in sommige gevallen genoodzaakt zou zijn eene zwaardere straf op te leggen dan hij billijk acht. (...) [W]aar uitsluitend gevangenisstraf is bedreigd, zal het regt van gratie ten onregte het eenig middel van redres kunnen zijn. Bij de groote vrijheid in de mate der op te leggen straf bij dit ontwerp den regter gelaten, ziet men er geen bezwaar in te bepalen: “de duur der tijdelijke gevangenisstraf is minstens één dag”.’⁶⁷³

Minister Modderman nam het voorstel van de Commissie van Rapporteurs over om het strafminimum tot één dag terug te brengen. Het voorstel stuitte in de Tweede Kamer evenwel op bezwaren. Niet iedereen had evenveel vertrouwen in de rechter die door de aanvaarding van dit voorstel voor vorstenmoord en voor dierenmishandeling dezelfde lage gevangenisstraf van één dag zou kunnen opleggen.⁶⁷⁴ Een ander bezwaar, dat ook door de Raad van State naar voren werd gebracht, was dat het systeem van verzachtende omstandigheden de rechter verplichtte te motiveren waarom hij een lagere straf oplegde dan het voorgeschreven minimum.⁶⁷⁵ Men vreesde dat de rechter door het wegvallen van de verzachtende omstandigheden zich de vrijheid zou toe-eigenen om een (te) lage gevangenisstraf op te leggen, omdat hij zich voor de duur van de straf niet meer hoefde te verantwoorden.⁶⁷⁶ Dat was volgens Modderman echter een verkeerde voorstelling van zaken:

‘Wat afgeschaft is, is eenvoudig de onderscheiding tusschen het gewoon en het buitengewoon arbitrium iudicis en in verband daarmee, de verplichting om het gebruik van het laatste te motiveren.’⁶⁷⁷

De indruk dat de rechter door de afschaffing van de verzachtende omstandigheden volledig van zijn motiveringsverplichting aangaande de straf zou zijn ontheven, was

⁶⁷² Smidt 1891, p. 207 e.v.

⁶⁷³ Smidt 1891, p. 213.

⁶⁷⁴ Aldus dhr. Rutgers van Rozenburg, Smidt 1891, p. 216.

⁶⁷⁵ Zoals bleek in hoofdstuk 4, par. 3.4.5 werden aan de motivering van de verzachtende omstandigheden weinig eisen gesteld.

⁶⁷⁶ Smidt 1891, p. 217-218 en p. 223-224.

⁶⁷⁷ Smidt 1891, p. 223.

dus onjuist. Bovendien voegde Modderman daaraan toe dat de afschaffing van de extra motiveringsplicht bij toepassing van verzachtende omstandigheden door ‘de mannen der praktijk’ als een grote verbetering werd gezien.⁶⁷⁸

Tijdens het debat in de Tweede Kamer maakte Patijn gewag van een juristenvergadering die in 1875 in Rotterdam plaats had gevonden. Ook daar was het thema van de hoogte van een uniforme minimumstraf besproken. Volgens Patijn had De Savorin Lohman daar een lage minimumstraf verdedigd door de strafbevoegdheid van de rechter te vergelijken met een ladder met sporten:

‘Nu zegt de wetgever tot den regter: “Gij hebt de bevoegdheid eene ladder op te gaan, die uit 24 of 30 of 40 sporten bestaat. Gij moogt u vrij bewegen van 1 of tot 24 of 30 of 40 toe; maar als gij van boven naar beneden gaat, en op de laagste sport gekomen zijt, dan moet ik voorzichtig met u zijn; dan zou ik u niet gaarne toestaan om nog verder naar beneden te dalen. Ik weet wel dat het geval zich kan voordoen, dat die laagste sport van de ladder nog te hoog blijkt te zijn; maar in dat geval zal de Koning den laatsten stap doen en gratie verleen en moeten. Ik geef u de magt om het meeste te doen: gij moogt kiezen tusschen één en veertig, en ik vrees niet dat gij een enkelen verkeerden stap doen zult; maar ik moet er voor waken dat gij de laagste sport niet al te makkelijk afreedt.”⁶⁷⁹

Deze vergelijking laat mooi zien op welk punt het pleidooi van tegenstanders van een lage minimumstraf minder sterk was. Zij stelden wel veel vertrouwen in de rechter wat betreft het bepalen van de hoogte van de straf, maar leken tegelijkertijd de ruimte voor de rechter te willen beperken door een hoge minimumstraf vast te leggen. Ook memoreerde Patijn een eerdere uitspraak van Modderman, die gezegd zou hebben dat de omstandigheden waaronder ‘de laagste sport van de ladder nog te hoog blijkt te zijn’ niet allemaal te voorzien waren en dat een hoge minimumstraf voor dergelijke gevallen noodzaakte tot een stelsel van verzachtende omstandigheden.⁶⁸⁰ En dat stelsel, daar wilde men nu juist van af.

Een terugkerend thema in de discussie over de hoogte van de minimale gevangenisstraf was het vertrouwen in de strafrechter. De ruime strafbevoegdheid van de rechter en het vertrouwen in de rechterlijke macht dat daaruit bleek, was

⁶⁷⁸ Smidt 1891, p. 223.

⁶⁷⁹ Citaat De Savorin Lohman door Patijn tijdens de behandeling van de minimum gevangenisstraf in de Tweede Kamer, Smidt 1891, p. 219.

⁶⁸⁰ Smidt 1891, p. 219-220. Vgl. het standpunt van Pompe inzake de codificatie van *avas*, hierna in par.4.4, die stelde: ‘niet alles behoeft expliciet in de wet te staan’.

volgens Modderman één van de redenen waarom dit ontwerp-Wetboek het predicaat 'nationaal' verdiende:

'Sints in 1813 de Souverein Vorst den rechter bevoegdheid verleende ook bij misdaden verzachtende omstandigheden aan te nemen, is in steeds toenemende mate (...) het *arbitrium iudicis* uitgebreid, totdat in dit ontwerp den rechter eene vrijheid is toegekend, grooter dan ergens elders bestaat. Dat *vertrouwen in de rechterlijke macht*, overal in het Wetboek merkbaar, is echt nationaal. Al ontbreekt het hier te lande niet aan kritiek over rechterlijke uitspraken, in de onkreukbare onpartijdigheid van onzen rechter wordt, en te recht, een zeldzaam vertrouwen gesteld.'⁶⁸¹

Het grote vertrouwen in de rechter heeft duidelijk een stempel gedrukt op het Wetboek van Strafrecht. Dat blijkt niet alleen uit de minimumstraf van één dag gevangenisstraf, maar ook uit het afschaffen van de verzachtende omstandigheden. Doordat de rechter niet langer vast zat aan de wettelijke verzachtende omstandigheden, was hij vrij alle omstandigheden die hij relevant achtte mee te wegen bij het bepalen van de straf. Ook de beslissing om de nadere invulling van de schuld opgenomen in de delictsomschrijvingen van sommige misdrijven over te laten aan de rechter, getuigt van dit vertrouwen.⁶⁸²

2.2.5. De strafuitsluitingsgronden

Uit praktische overwegingen werden verschillende gronden die aan toerekenbaarheid in de weg stonden bijeengebracht in de derde titel van het eerste boek.⁶⁸³ Al deze gronden kregen een algemene strekking. Daarin verschilden de strafuitsluitingsgronden van de Franse *excuses péremptoires* die alleen golden ten aanzien van *crimes* en *délits*. De Staatscommissie hanteerde als uitgangspunt dat toerekenbaarheid aanwezig of niet aanwezig was. Toerekenbaarheid in gradaties was volgens de Staatscommissie niet mogelijk. Bij de schuld konden er wel verschillende gradaties zijn, maar het was aan de rechter om die in aanmerking te nemen bij het bepalen van de hoogte van

⁶⁸¹ Smidt 1891, p. 26. Cursivering conform origineel.

⁶⁸² Zie ook de volgende paragraaf van dit hoofdstuk. Hoe bijzonder de ruime strafbevoegdheid van de Nederlandse rechter en het daaruit sprekende vertrouwen in de rechter was, blijkt uit een blik over de grens. Ook tegenwoordig kennen de Franse en Duitse strafwet nog steeds hogere minimumstraffen dan de Nederlandse strafwet: de (moderne) Code pénal hanteert nog steeds minimum- en maximumstraffen per delict (art. 111-2 CP) die via verzachtende omstandigheden kunnen worden verlaagd. In Duitsland is de minimale vrijheidsstraf een maand (§ 38 StGB).

⁶⁸³ Bosch 1965, p. 127.

de straf.⁶⁸⁴ In de Memorie van Toelichting was met betrekking tot de uitsluiting van strafbaarheid opgenomen:

‘Geene strafrechtelijke verantwoordelijkheid zonder toerekenbaarheid van het feit aan den dader, en geene zoodanige toerekenbaarheid waar hetzij de vrijheid van handelen, de keus tusschen het doen of laten van hetgeen de wet verbiedt of gebiedt is uitgesloten, hetzij de dader in zoodanigen toestand verkeert, dat hij het ongeoorloofde zijner handeling niet kan beseffen en hare gevolgen niet kan berekenen.’⁶⁸⁵

Door hun plaats in het eerste boek, ‘Algemene bepalingen’, en de formulering ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat’, zijn deze gronden van toepassing op misdrijven en overtredingen. Voor de uitwerking van het schuldbeginsel is deze ‘uitbreiding’ vooral wat betreft de overtredingen interessant, omdat de (onder)grens voor aansprakelijkheid ter zake van overtredingen daardoor hoger werd: ten opzichte van de situatie onder de Code pénal, toen alleen de overmacht en de waanzin bevrijdden, werden er nu meer gronden erkend die leidden tot straffeloosheid. Daardoor waren er meer omstandigheden waaronder de dader niet aansprakelijk was, ook als hij een delict had begaan waarvoor bewijs van opzet of schuld geen voorwaarde was voor aansprakelijkheid.

In de Memorie van Toelichting werden de strafuitsluitingsgronden onderscheiden in inwendige en uitwendige oorzaken voor het ontbreken van toerekenbaarheid. De Memorie van Toelichting wees twee inwendige oorzaken voor ontoerekenbaarheid aan: de jeugdige leeftijd en de abnormale toestand van de geestesvermogens.⁶⁸⁶ Daarnaast werden vier uitwendige oorzaken voor ontoerekenbaarheid onderscheiden: overmacht, noodweer, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel.⁶⁸⁷

Voor al aan de ontoerekenbaarheid vanwege de abnormale toestand der geestesvermogens werd in de wetsgeschiedenis veel aandacht besteed. De Memorie van Toelichting stelde dat de strafwet zich in beginsel alleen richtte tot de normaal ontwikkelde mens. Een normaal ontwikkeld mens wist wat hij deed, zo werd gesteld in de Memorie van Toelichting:

⁶⁸⁴ Bosch 1965, p. 128.

⁶⁸⁵ Smidt 1891, p. 364.

⁶⁸⁶ Smidt 1891, p. 364 e.v.

⁶⁸⁷ Smidt 1891, p. 404 e.v.

‘De strafwet spreekt tot den normaal ontwikkelden mensch, tot hem die met bewustheid handelt, die vrij is om anders te handelen, die in staat is ten aanzien van het strafbaar gestelde feit zijnen wil te bepalen.’⁶⁸⁸

Kenmerkend voor de ontoerekenbaarheid vanwege een abnormale geestestoestand was dat de dader niet vrij was te kiezen wat hij deed. Dit ‘criterium’ werd ook gebruikt om te beslissen of de daden van iemand met een gebrekkige ontwikkeling van zijn geestesvermogens aan hem toegerekend konden worden:

‘Naast den staat van bewusteloosheid noemt het ontwerp de gebrekkige ontwikkeling der geestvermogens en de ziekelijke storing dier vermogens. Ook door deze wordt de toerekeningsvatbaarheid niet absoluut uitgesloten; maar alleen relatief, dat is alleen in zooverre de dader ten gevolge daarvan buiten staat was ten aanzien van het gepleegde feit zijnen wil te bepalen.’⁶⁸⁹

Alleen als de stoornis volledig aan het kunnen bepalen van de wil ten aanzien van het strafbare feit in de weg stond, kon die tot strafuitsluiting leiden.

De jeugdige leeftijd nam in het stelsel van strafuitsluitingsgronden een bijzondere positie in. Net als de Code pénal bevatte de nieuwe wet twee bepalingen met betrekking tot de strafbaarheid van jeugdige daders. Daders jonger dan tien jaar waren niet toerekeningsvatbaar. Was de dader ouder dan zestien jaar dan werd aangenomen dat zijn daden in beginsel toerekenbaar waren. Een tussencategorie werd gevormd door jeugdige daders die ouder waren dan tien jaar en jonger waren dan zestien jaar. Zij werden als toerekenbaar beschouwd als zij hadden gehandeld met het ‘oordeel des onderscheids’.⁶⁹⁰

Naast de inwendige oorzaken voor ontoerekenbaarheid werden, zoals gezegd, vier uitwendige oorzaken voor ontoerekenbaarheid onderscheiden. We zagen in het Franse strafrecht dat overmacht en waanzin een bijzondere positie innamen, doordat het de enige algemene *excuses péremptoires* waren. Wat betreft de overmacht stelde de Franse rechter zulke hoge eisen dat een beroep op overmacht kansloos was. Door de Nederlandse rechter werd deze strenge lijn ten aanzien van de interpretatie van overmacht voortgezet.⁶⁹¹ Dat zagen we ook in het vorige hoofdstuk: Bolk groef een gat in een dijk om te voorkomen dat zijn huis onder water zou komen te staan,

⁶⁸⁸ Smidt 1891, p. 364-365.

⁶⁸⁹ Smidt 1891, p. 366. NB. de ontwerpbeeping voor art. 37 voorzag ook in bewusteloosheid als grond voor ontoerekenbaarheid, Smidt 1891, p. 364.

⁶⁹⁰ Smidt 1891, p. 386.

⁶⁹¹ Bronkhorst 1952, p.132-133 en p. 138 e.v.

maar kon volgens de Nederlandse strafrechter geen beroep op overmacht doen.⁶⁹² In het Wetboek van Strafrecht werd uiteindelijk gekozen voor een formulering van de overmacht die wel leek op de Franse bepaling, maar daar zeker geen letterlijke vertaling van was:

‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen.’⁶⁹³

Uit de toelichting op deze overmachtsbepaling blijkt dat de Nederlandse wetgever de overmacht ook ruimer lijkt op te vatten dan in het Franse strafrecht gebruikelijk was. Dit blijkt uit de definitie van overmacht in de Memorie van Toelichting:

‘Overmagt is elke kracht, elke drang, elke dwang waaraan men geen weerstand kan bieden.’⁶⁹⁴

In vergelijking met het Franse strafrecht valt op dat in deze definitie het vereiste dat de dwang er toe heeft geleid dat alle wilsvrijheid is uitgesloten, is komen te vervallen. De Nederlandse wetgever wilde duidelijk af van de nadruk op het volledig uitgesloten zijn van *enige* wilsbepaling:

‘Overmagt is elke lichamelijke (physieke) of zedelijke (psychische) dwang. Was de dwang van dien aard, dat de dader daaraan geen weerstand kon bieden, zoodat hij alleen ten gevolge daarvan deed wat hij anders had nagelaten of naliet wat hij anders had gedaan, er is misdrijf noch overtreding gepleegd. Wanneer nu zoo algemeen mogelijk (...) van overmagt wordt gesproken, dan is het ook duidelijk dat waar zij, niet de vrije wilsbepaling van den dader de drijfveer was van het feit, straffeloosheid evenzeer volgt in geval de dwang werd uitgeoefend door derden met geweld, bedreiging of andere middelen, als in geval hij gelegen was in de natuur der dingen.’⁶⁹⁵

Hoewel de Nederlandse bepaling leek op art. 64 CP wat betreft de formulering, had de wetgever een ruimere strekking van de bepaling in gedachten.⁶⁹⁶ Uit de Memorie van Toelichting blijkt ook dat de wetgever het opnemen van een afzonderlijke bepaling voor de ‘Nothstand’ niet nodig oordeelde omdat hij de drang in art. 40 zo ruim opvatte, dat ook de Nothstand daaronder begrepen zou kunnen worden begrepen:

⁶⁹² HR 30 september 1845, W 657, p. 368 (Bolk c.s.), zie hiervoor hoofdstuk 4, par. 3.3.2.

⁶⁹³ Art. 40 Sr; zie ook Smidt 1891, p. 404-405.

⁶⁹⁴ Smidt 1891, p. 404.

⁶⁹⁵ Smidt 1891, p. 404.

⁶⁹⁶ Vgl. Bronkhorst 1952, p. 9 e.v.

‘Van “Nothstand” kan in ’t algemeen gezwegen worden waar men de overmacht niet beperkt tot dwang, op den dader door derden uitgeoefend, zooals in §22 van het duitsche wetboek. Hij die, door eene onweerstaanbare zucht tot zelfbehoud of tot behoud van naaste betrekkingen gedreven, ook buiten het geval van noodweer een feit pleegt alleen ter afwering van dreigend oogenblikkelijk levensgevaar, kan zedelijk tot dit feit zoodanig gedwongen zijn, dat hij het werkelijk pleegt ten gevolge van overmacht.’⁶⁹⁷

Wat bedoeld werd met ‘zodanig gedwongen zijn’ dat sprake was van overmacht, bleef echter in het midden. Door de overmacht niet nader in te vullen zou de rechter bij de toepassing van de bepaling in elk geval niet gehinderd worden door een ondoelmatige omschrijving:

‘Hier [bij overmacht door zedelijke (psychische) dwang] echter zijn de grenzen tusschen het geoorloofde en het ongeoorloofde geheel afhankelijk van de omstandigheden waaronder het feit zich voordoet, en is het dus even gevaarlijk als onnodig het vrije oordeel des regters door wettelijke omschrijvingen te binden.’⁶⁹⁸

Net als bij de nadere invulling en concretisering van de schuld als bestanddeel bij sommige misdrijven, werd ook bij de nadere invulling en concretisering van de overmacht een groot vertrouwen in de rechter gesteld.

Een andere strafuitsluitingsgrond die het Franse strafrecht kende, was noodweer. In het Franse strafrecht kon de ‘*légitime défense*’ alleen worden aangevoerd ter zake van delicten tegen de persoon en het leven (mishandeling, doodslag), maar in het Nederlandse wetboek werd die beperking losgelaten. Ook werd naast lijf en eerbaarheid (vgl. art. 328 van de Code pénal), het goed erkend als iets dat gerechtvaardigd verdedigd mocht worden.⁶⁹⁹ In de Memorie van Toelichting werden drie voorwaarden geformuleerd voor noodweer: een wederrechtelijke aanranding, een oogenblikkelijk gevaar voor eigen of anders lijf, eerbaarheid of goed en de noodzakelijkheid van de verdediging. Wat betreft die noodzakelijkheid werd in de Memorie van Toelichting nog vermeld:

‘De vraag of en in hoever de verdediging noodzakelijk was, blijft dus in elk geval ter beslissing overgelaten aan den regter. Dienaangaande, met het

⁶⁹⁷ Smidt 1891, p. 404-405.

⁶⁹⁸ Smidt 1891, p. 404-405.

⁶⁹⁹ Zie verder Machielse 1986, p. 623-625 e.v.

franche wetboek, voor bijzondere gevallen regelen te stellen in de wet is niet wenschelijk.⁷⁰⁰

Opnieuw koos de Nederlandse strafwetgever er bewust voor geen nadere regels te stellen, maar de rechter de ruimte te laten om de reikwijdte en nadere invulling van noodweer in een concrete casus zelf te bepalen. Na enige discussie over de reikwijdte van de bepaling ging ook de Commissie van Rapporteurs akkoord met de voorgestelde redactie. Een belangrijke reden daarvoor was dat de voorgestelde formulering de rechter niet zou belemmeren in zijn beoordelingsvrijheid.⁷⁰¹ Ook noodweerexces werd als algemene strafuitsluitingsgrond erkend: een hevige gemoedsbeweging zoals angst, vrees of radeloosheid, kon meebrengen dat de grenzen van het noodzakelijke straffeloos overschreden werden.⁷⁰²

Bij het wettelijk voorschrift en het ambtelijk bevel komt uit de wetsgeschiedenis hetzelfde beeld naar voren. De bepalingen in het huidige art. 42 en 43 zijn ruim geformuleerd en anders dan in het Franse strafrecht, is hun werking niet beperkt tot een bepaalde categorie strafbare feiten.⁷⁰³

2.3. De realisatie van het schuldbeginsel na het inwerkingtreden van het Wetboek van Strafrecht

Door het inwerkingtreden van het Wetboek van Strafrecht op 1 september 1886 veranderde het Nederlandse strafrecht drastisch. Bij de misdrijven had steeds opzet of schuld een plaats in de delictsomschrijving gekregen, waardoor het schuldbeginsel bij die delicten voor een groot deel langs die weg gerealiseerd kon worden. Dit gold echter niet voor de overtredingen, waar het feit als grondslag voor aansprakelijkheid voorop werd gesteld. Zoals een lid van de Commissie van Rapporteurs opmerkte:

‘De materiele handeling of de nalatigheid alleen maken hier [bij de overtredingen] het strafbare feit uit, en het voorafgaande opzet is op dat feit van geen den minsten invloed, is niet een element van dat feit.’⁷⁰⁴

In de Tweede Kamer werd dit herhaald door dhr. Van der Kaay, die stelde: ‘(...) het feit op zich zelf is voldoende (...).’⁷⁰⁵ Dat bewijs van het feit voldoende was voor aansprakelijkheid, betekende echter niet dat wanneer de feiten bewezen waren

⁷⁰⁰ Smidt 1891, p. 406.

⁷⁰¹ Smidt 1891, p. 407.

⁷⁰² Smidt 1891, p. 406.

⁷⁰³ Smidt 1891, p. 409-410. Vgl. de Franse gronden hiervoor in art. 114 en 190 CP, zie hiervoor hoofdstuk 3, par. 3.5.1

⁷⁰⁴ Smidt 1891, p. 369.

⁷⁰⁵ Smidt 1891, p. 382.

altijd, dat wil zeggen, onder alle omstandigheden, straf moest volgen. Ook op de overtredingen waren de strafuitsluitingsgronden opgenomen in de derde titel van het Eerste Boek van toepassing. Door de introductie van deze algemene en ruim geformuleerde strafuitsluitingsgronden kwam er ook bij de overtredingen meer ruimte voor het realiseren van het schuldbeginnel.

De inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht vormde een breuk met het verleden, doordat de Code pénal eindelijk zijn belang voor het Nederlandse strafrecht verloor. Aan de andere kant betekende het Wetboek van Strafrecht in belangrijke mate een bestendiging van de Nederlandse strafrechtspraktijk zoals die de laatste zeventig jaar was gegroeid. Met het Souverein Besluit van 11 december 1813 was tenslotte al een ontwikkeling in gang gezet die de rechter steeds ruimere mogelijkheden bood om het schuldbeginnel te realiseren.

3. Een oplossing voor dwaling?

3.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk werd in paragraaf 3 beschreven hoe de Code pénal in de Nederlandse praktijk werd toegepast. Daar bleek dat de strafrechter in beginsel de Franse jurisprudentie volgde, bijvoorbeeld wat betreft de interpretatie van de overmacht. Dat was ook het geval bij overtredingen die strafbaar waren op grond van andere wetten, besluiten of verordeningen dan de Code pénal, zoals het plaatselijke broodreglement. Dit soort overtredingen stond centraal in verschillende arresten die in het vorige hoofdstuk werden besproken.

Daar bleek ook dat de feitenrechtspraak wel graag gevolgen wilde verbinden aan een beroep op verschoonbare dwaling, maar dat de Hoge Raad daar in de wet geen ruime voor zag. Kennelijk had de rechtspraak moeite met de harde lijn van de Hoge Raad in bijvoorbeeld het Voortbomen langs de gracht-arrest en in het arrest over de man uit Diemen die niet bekend was met het eenrichtingsverkeer in Amsterdam.⁷⁰⁶ In dergelijke gevallen had de rechter weinig manoeuvreerruimte onder de Code pénal. Met het inwerkingtreden van het Wetboek van Strafrecht veranderde veel, maar in hoeverre bood het nieuwe Wetboek ook een oplossing voor dergelijke gevallen van dwaling?

Zoals gezegd was bij misdrijven opzet of schuld steeds onderdeel van de delictomschrijving. Een beroep op dwaling kon daarom opgaan in de bestrijding van het te bewijzen opzet- of schuldbestanddeel, aldus Modderman:

⁷⁰⁶ Zie hiervoor hoofdstuk 4, par 3.4.

‘Hij die eens anders zaak wegneemt, menende dat het een res nullius was, is geen dief; dwaling omtrent de essentialia (niet te verwarren met dwaling omtrent de strafbaarheid) onverschillig of zij een feitelijke dan wel een rechtsdwaling is, sluit het opzet uit.’⁷⁰⁷

Een algemene bepaling over dwaling zou daarom ten aanzien van de misdrijven niet nodig zijn en alleen maar tot verwarring kunnen leiden, zo stelde de Minister.⁷⁰⁸ Dit gold echter niet voor de overtredingen, waar opzet of schuld geen (expliciet) onderdeel was van de delictsomschrijving. Daar stond het feit zelf voorop. Dat het materiële feit volgens de wetgever een toereikende grondslag voor de aansprakelijkheid ten aanzien van deze overtredingen was, werd soms als zeer hard ervaren, zo bleek in het vorige hoofdstuk.⁷⁰⁹ In navolging van de Franse jurisprudentie werd echter algemeen aanvaard dat het materiële feit bepalend was voor de aansprakelijkheid bij *contraventions*. Ook de Nederlandse strafwetgever lijkt dit uitgangspunt te hebben gehanteerd bij de vormgeving van de overtredingen.⁷¹⁰

⁷⁰⁷ Smidt 1891, p. 82.

⁷⁰⁸ Smidt 1891, p. 82.

⁷⁰⁹ Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Arntzenius bij Hoge Raad 10 februari 1846, Van den Honert, Gemengde Zaken, arrestnr. 142, p. 44-46 (Eénrichtingsverkeer), hiervoor in Hoofdstuk 4, par. 4.3.2.

⁷¹⁰ Smidt 1891, p. 382. Ook Van der Vliet kwam op basis van de wetsgeschiedenis tot deze conclusie, zie Van der Vliet 1884, p. 18. Van Hamel & Van Dijk stelden dat in het Wetboek met betrekking tot de overtredingen sprake was van een verwaarlozing van de terminologie, maar dat dit gebrek niet tot de toepassing van de leer van het materiële feit hoefde te leiden. Van Hamel & Van Dijk 1927, p. 274. Ook Rammelink vermoedde dat de wetgever in de overtredingensector de leer van het materiële feit heeft toegepast. Volgens hem wordt dit vermoeden tot op grote hoogte door de wetsgeschiedenis bevestigd, met name door de MvT bij het derde boek (Rammelink 1996, p. 375). Van Dijk concludeert echter dat hoewel op grond van de Memorie van Toelichting de indruk kan ontstaan dat het in overeenstemming met het materiële recht is om iemand die de delictsomschrijving van een overtreding vervult zonder dat hij opzet of schuld daaraan heeft, te veroordelen, de notulen van de Staatscommissie anders suggereren. Volgens Van Dijk blijkt uit deze notulen dat een meerderheid van de Staatscommissie aannam dat *dolus* of *culpa* vereist was voor de strafbaarheid van overtredingen. Men dacht echter ook dat overtreding van een wettelijk voorschrift zonder *culpa* niet mogelijk was en men besloot daarom dat het schuldvereiste niet in de wet vermeld hoefde te worden (Van Dijk 2008, p. 72-73). Dat dit in de Staatscommissie besproken is, voegt wellicht iets toe aan de achtergrond waartegen de Memorie van Toelichting gelezen kan worden, maar of de wetgever deze overwegingen van de Staatscommissie deelde en heeft overgenomen is een heel andere vraag. De stukken over de behandeling van het ontwerp Wetboek geven volgens mij geen overtuigend en sluitend antwoord op die vraag.

3.2. Pleidooien voor het inlezen van opzet of schuld

Al gauw na het aannemen van de tekst van het Wetboek van Strafrecht (1880) gingen in Nederland stemmen op voor een andere benadering van de aansprakelijkheid van overtredingen. Zo verscheen in juni 1884 het proefschrift van Van der Vliet over opzet en schuld bij overtredingen en korte tijd later verscheen een artikel over het schuldbegrip bij overtredingen van Simons.⁷¹¹ Beide auteurs verzetten zich tegen de leer van het materiële feit, die volgens Van der Vliet inhield dat een overtreding altijd werd bestraft:

‘Zij [de leer van het materiële feit, EHA_vL] leert ons, dat in zake overtredingen het feit alleen om der wille van het feit gestraft wordt (...) Derhalve indien iemand, wiens paarden op hol zijn, in vliegende vaart over eene brug rijdt, waarop men volgens eene gemeenteverordening alleen stapvoets mag rijden, dan moet hij gestraft worden.’⁷¹²

Hij voegde daar aan toe dat verdedigers van de leer van het materiële feit deze leer niet op de net geschetste wijze zouden willen toepassen, maar aansprakelijkheid bij overmacht uitsloten. Dit werd door Van der Vliet als een ‘verzwakking’ van de leer van het materiële feit beschouwd, maar niet als een correctie die het systeem als geheel aanvaardbaar maakte. De leer van het materiële feit gaf op zichzelf aanleiding tot hardheid, onbillijkheid en onrechtvaardigheid, stelde hij.⁷¹³ Als voorbeeld van een geval waarin het feit bestraft werd omwille van het feit, wees hij op het arrest van de Hoge Raad van 28 april 1846 (Prijs van een mud rogge-arrest). In dat arrest werd de verdachte vervolgd voor het misleiden van het stadsbestuur, omdat hij zich vergist had in de prijs waarvoor hij zijn mud rogge had verkocht.⁷¹⁴ Van der Vliet was van mening dat iemand die volkomen te goeder trouw een overtreding beging, zoals de verdachte in deze zaak, straffeloos zou moeten zijn.

Hij stelde dat in het debat over het feit als grondslag voor aansprakelijkheid bij overtredingen twee zaken door elkaar werden gehaald. Volgens hem zou onderscheid moeten worden gemaakt tussen de vraag wat de consequenties zouden moeten zijn van het ontbreken van opzet of schuld voor de strafbaarheid van de verdachte ter zake van een overtreding en de vraag of onbekendheid met de wet tot straffeloosheid kon leiden. Het onderscheid tussen deze twee kwesties werd door Van der Vliet zo

⁷¹¹ Van der Vliet en Simons promoveerden beiden in Leiden. Simons promoveerde een jaar eerder dan Van der Vliet, in 1883, op een proefschrift getiteld ‘De vrijheid van drukpers in verband met het Wetboek van Strafrecht’. Zie Janse de Jonge 1987, p. 340.

⁷¹² Van der Vliet 1884, p. 12.

⁷¹³ Van der Vliet 1884, p. 1-4.

⁷¹⁴ HR 28 april 1846, Van den Honert, gemengde zaken 4, p. 229 e.v. Zie Hoofdstuk 4, par. 3.4.2 e.v.

nadrukkelijk gemaakt, omdat hij van mening was dat een verschoonbaar beroep op rechtsdwaling niet mogelijk was. Aan het beginsel dat een ieder wordt geacht de wet te kennen, moest worden vastgehouden om te voorkomen dat de handhaving van het strafrecht op losse schroeven zou komen te staan.⁷¹⁵ Handhaving van dit principe kon weliswaar hard zijn, maar dat nam Van der Vliet op de koop toe. Voor de rechtsdwaling zag hij geen andere oplossing dan het doeltreffend bekendmaken van verordeningen.⁷¹⁶ Voor andere gevallen van dwaling stelde hij voor dat de rechter de aansprakelijkheid ten aanzien van een overtreding anders zou moeten benaderen:

‘[D]an kan men, evenals bij misdrijven, ook vaststellen dat de rechter onderzoek doen moet naar *dolus* of *culpa* en dat hij daaromtrent uitspraak doen moet. Vindt hij noch *dolus* noch *culpa* dan vrijspraak.’⁷¹⁷

Door het uitsluiten van straffeloosheid als gevolg van rechtsdwaling, halveerde Van der Vliet het probleem. Voor de overgebleven gevallen formuleerde hij een minimumschuld, namelijk:

‘[E]ene overtreding kan reeds strafbaar zijn door de kleinst mogelijke nalatigheid.’⁷¹⁸

Van der Vliet wilde dus een andere ondergrens van schuld voor de strafbaarheid van overtredingen aannemen dan de wetgever in het Wetboek van Strafrecht met betrekking tot de misdrijven had gehanteerd. Om te laten zien waar het verschil zat tussen de toepassing van de leer van het materiële feit en de door hem voorgestelde benadering, vergeleek hij zijn voorstel met drie arresten van de Hoge Raad.⁷¹⁹ Deze arresten waren: het Bomen langs de gracht-arrest, het Eenrichtingsverkeer-arrest en het Prijs van een mud rogge-arrest.⁷²⁰ Aangezien Van der Vliet onbekendheid met de wetgeving expliciet had uitgesloten als grond voor straffeloosheid, kwam hij in de arresten waarin sprake was van een vorm van rechtsdwaling, het Bomen langs de gracht-arrest en het Eenrichtingsverkeer-arrest, tot dezelfde beslissing als de Hoge Raad. Alleen de man die zich zou hebben vergist in de prijs van een mud rogge, zou volgens hem vrijgesproken moeten worden. Van der Vliet dacht dat de verdachte te goeder trouw de verkeerde prijs voor een mud rogge had opgegeven:

⁷¹⁵ Van der Vliet 1884, p. 10-11.

⁷¹⁶ Van der Vliet 1884, p. 16-17.

⁷¹⁷ Van der Vliet 1884, p. 11.

⁷¹⁸ Van der Vliet 1884, p. 11.

⁷¹⁹ Van der Vliet 1884, p. 11-13.

⁷²⁰ Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze arresten hoofdstuk 4, par. 3.4.2 en 3.4.3.

‘Maar het is er verre van af dat de smid uit het laatste voorbeeld den bewusten wil had een verkeerden prijs op te geven; neen, integendeel. Hij had den wil om den waren prijs op te geven.’⁷²¹

De bestraffing van de smid was in zijn ogen dus onterecht, een teken van willekeur.⁷²²

Het proefschrift van Van der Vliet verscheen in 1884 en het nieuwe Wetboek van Strafrecht zou pas in 1886 in werking treden. De tekst van het nieuwe Wetboek van Strafrecht was echter in 1881 al aangenomen door de Eerste Kamer.⁷²³ Aan de hand van de vastgestelde tekst bekeek Van der Vliet in zijn proefschrift ook of de door hem voorgestelde (ideale) situatie onder dit nieuwe Wetboek gerealiseerd kon worden. In het Wetboek noch in de stukken over de behandeling van het wetsontwerp in de Eerste en Tweede Kamer waren volgens hem aanwijzingen te vinden voor het inlezen van opzet of schuld als voorwaarden voor aansprakelijkheid bij overtredingen. Hij concludeerde daarom dat de wetgever de leer van het materiële feit had gevolgd:

‘[L]eest men de stukken aandachtig na dan zal men met mij tot de conclusie komen, dat de leer van het materiële feit de meeste kans had gehuldigd te worden.’⁷²⁴

Wel zag hij een stijlbreuk of koerswijziging tussen de Memorie van Toelichting en de latere behandeling van het ontwerp wetboek. Volgens hem was de wetgever gedurende het wetgevingsproces en als gevolg van de kabinetswijziging in augustus 1879 van standpunt veranderd ten aanzien van het schuldvereiste bij overtredingen.⁷²⁵ Terwijl de Memorie van Toelichting werd geschreven onder leiding van Minister Smidt, werd het wetsontwerp verdedigd door zijn opvolger, Minister Modderman. Volgens Van der Vliet was Smidt een ‘beslist voorstander’ van de leer van het materiële feit, terwijl Modderman juist een tegenstander van die leer was geweest. Dit leidde hij af uit de opmerking van Modderman dat de leer van het materiële feit onjuist was en er ook bij overtredingen een subjectief element was.⁷²⁶

⁷²¹ Van der Vliet 1884, p. 14.

⁷²² Vgl. Rossi's theorie over het *droit de punir*, hoofdstuk 3, par. 4.2.

⁷²³ Wet van 3 maart 1881, Stb. 35. Zie ook Bosch 1965, p. 48-49.

⁷²⁴ Van der Vliet 1884, p. 18.

⁷²⁵ Van der Vliet 1884, p. 20-21. Het kabinet van Kappeyne van de Coppello waarin H.J. Smidt Minister van Justitie was, bood in 1879, na een kabinetscrisis, zijn ontslag aan en werd nog datzelfde jaar opgevolgd door het kabinet Van Lynden van Sandenburg, waarin Modderman Minister van Justitie was. Zie Parlement & Politiek (http://www.parlement.com/id/vh8lnhrp1wzq/periode_1872_1888_kiesrecht_en).

⁷²⁶ Van der Vliet 1884, p. 24, Smidt 1891, p. 441.

Dit subjectieve element zoals voorgesteld door Modderman bood de rechter echter geen direct houvast bij het beoordelen van een zaak. De rechter was tenslotte verplicht om de wet toe te passen zoals zij was vastgesteld. Dat de wetgever geen definitie van opzet of schuld in het wetboek had opgenomen, was volgens Van der Vliet gunstig omdat de rechter in dat opzicht niet werd beperkt. Daardoor had de rechter de ruimte om de aansprakelijkheid voor overtredingen wat anders te benaderen. Want dat opzet of schuld geen bestanddelen waren in de delictsomschrijvingen van overtredingen, betekende niet dat deze ook buiten beschouwing moesten blijven, zo stelde hij:

‘Maar is onze taal zoo arm dat, indien zij wil uitdrukken dat tot het een of ander “opzet” noodig is, zij dit niet anders kan dan door het woord opzettelijk? (...) Terwijl in het tweede boek steeds *ipsis verbis* is aangewezen waar de rechter naar opzet, waar naar schuld zal moeten vragen, zal hij bij de toepassing van het derde boek uit den inhoud en vorm der bepaling zelf moeten zien, waar *dolus*, waar *culpa* als element van de overtreding geëischt wordt.’⁷²⁷

Het inlezen van opzet of schuld in de delictsomschrijving was mogelijk bij delictsomschrijvingen waarin bijvoorbeeld ‘aanhitsen’, ‘bedelen’ of ‘baldadigheid’ strafbaar werden gesteld.⁷²⁸ Dit kon echter alleen bij overtredingen die zo waren geformuleerd dat er een schuldvereiste in een van de onderdelen van de delictsomschrijving kon worden ingelezen.

⁷²⁷ Van der Vliet 1884, p. 27-28.

⁷²⁸ Van der Vliet 1884, p. 28. Van deze ‘oplossing’, het inlezen van een opzetbestanddeel, is Hoge Raad 15 februari 1842, W 313 een voorbeeld. In deze uitspraak werd de verdachte vervolgd voor het niet weerhouden van zijn hond. De verdachte, een zekere Van Helvoort, had een hond die een kledingstuk van een langslappende vrouw had weten te verscheuren. Van Helvoort werd vervolgd wegens het aanhitsen of niet weerhouden van zijn hond (art. 475 sub 7 CP). De kantonrechter in Tilburg ontsloeg de verdachte van alle rechtsvervolging omdat de hond onder de kar was vastgemaakt en ‘op de gebruikelijke wijze was vastgeketend. Het Openbaar Ministerie kwam in cassatie omdat de verdachte volgens het OM de hond had moeten muilkorven, om van weerhouden te kunnen spreken. De Hoge Raad overwoog: ‘O. niettemin ten opzigt van den grond tot cassatie, aangevoerd door het O.M. dat bij het hierboven vermelde vonnis zijnde uitgemaakt dat de hond van den gereq., onder zijne kar vastgemaakt, de falie van eene daar langs gaande vrouw heeft onder zijn bereik gekregen en aan stuk gescheurd. – dat een stukje van de falie onder de kar liggende is gezien, en dat de hond op de gewone wijze onder de kar geketend was, - daardoor alle denkbeeld van aanvallen of vervolgen, en dus van alle mogelijkheid van weerhouden vervalt, te meer daar het ketenen van de hond onder de kar, het weerhouden in zich bevat, en het verscheuren van de falie kan worden toegeschreven aan de onvoorzigtigheid van de vrouw zelve, door te dicht bij den hond de kar voorbij te gaan. O[verwegende] alzoo dat art. 475 sub 7 niet is geschonden.’

Ten opzichte van Van der Vliet ging Simons een stap verder wat betreft de eisen te stellen aan het schuldvereiste bij overtredingen.⁷²⁹ Nadrukkelijk stelde Simons het beginsel 'geen straf zonder schuld' voorop als een universeel en fundamenteel beginsel van strafrecht. Zonder bewezen schuld was straf zinloos, willekeurig onrecht, betoogde hij:

'Elk misdrijf vordert noodwendig schuld, 't zij dolus, 't zij culpa; zonder schuld is er van delict en dus van straf geen sprake.'⁷³⁰

'Schuld moet er wezen, anders wordt de straf een onrecht; die schuld moet door bewijzen zijn gestaafd, anders is de straf niet minder een onrecht.'⁷³¹

Dit beginsel gold ook, zo stelde hij, onder de Code pénal, omdat door de Franse doctrine werd aangenomen dat elk delict bestond uit een *fait* en een *intention* (*materialité* en *moralité*):

'[D]e Code Penal stelt nergens met zooveel woorden vast, dat in het algemeen opzet of schuld tot de elementen van het strafbare feit behoort, maar wanneer men nu uit de algemeene beginselen des rechts en uit den aard van het delict zelf toch een dergelijke regel als geschreven afleidt, dan moet er wederom een reden zijn, waarom die regel bij een gedeelte der delicten eensklaps wordt ter zijde gesteld.'⁷³²

Op die algemene regel was door het *Cour de cassation* tenslotte een uitzondering aangenomen met betrekking tot de overtredingen. Anders dan voor de *crimes* en *délits*, was voor *contraventions* de *materialité* voldoende voor aansprakelijkheid. Een rechtvaardiging voor deze afwijkende behandeling van *contraventions* ten opzichte van de *crimes* en de *délits* was er echter niet, stelde Simons.⁷³³

'De overtredingen van de Code Pénal vormen geen groep van delicten, door een gemeenschappelijk kenmerk van de andere onderscheiden en daarom kan wel de wetgever, hetzij dan terecht of ten onrechte, te hunnen aanzien bijzondere

⁷²⁹ Simons 1884, p. 550-584 en Simons 1885, p. 25-62. In een naschrift vermeldde Simons nog dat hij zijn artikel al had afgerond voordat hij het proefschrift van Van der Vliet in handen kreeg.

⁷³⁰ Simons 1884, p. 558.

⁷³¹ Simons 1885, p. 51.

⁷³² Simons 1884, p. 560-561. Simons lijkt hier te doelen op het algemeen geaccepteerde Franse leerstuk inzake de elementen van het delict: '*Tout délit se compose de deux éléments: d'un fait qui en constitue la matérialité, et de l'intention qui a conduit à ce fait et en détermine la moralité.*' Zie hiervoor hoofdstuk 3, par. 4.

⁷³³ Simons 1884, p. 561, 568. Zie ook art. 1 CP waarin de soort straf (*peine infamante/correctionnelle/de police*) als onderscheidend criterium werd gebruikt.

regelen vaststellen, maar mist men ten eenemale het recht, dergelijke regelen buiten de wet om en op zoogenaamde wetenschappelijke gronden, tot wet te verheffen, tot richtsnoer bij de rechtspraak aan te nemen.⁷³⁴

‘Doch nemen wij werkelijk voor een oogenblik aan dat de strafbare dolus inderdaad moet worden opgevat als de wil om een strafbare (...) daad te plegen, dan nog is daarmee de onderscheiding niet gerechtvaardigd, die de Fransche schrijvers hebben gemaakt, want dan bestaat er geen enkele reden om dit element van den dolus bij overtreding te laten vallen.’⁷³⁵

Toch werd deze uitzondering door de Franse auteurs algemeen geaccepteerd, zo constateerde Simons. Ter illustratie citeerde hij Chaveau en Hélie die het algemene karakter van de overtredingen kernachtig zouden hebben samengevat als: “*La contravention est toute matérielle.*”⁷³⁶ In de (Nederlandse) jurisprudentie werd deze stelling zeer letterlijk genomen, waardoor die stelling een bredere betekenis kreeg dan de auteurs, althans volgens Simons, hadden bedoeld.⁷³⁷ Die letterlijke interpretatie leidde tot de leer van het materiële feit:

‘[D]e leer, die er toe zou leiden en er ook wel toe geleid heeft, om niet meer een handeling maar slechts een feit te vorderen als voldoende aanleiding voor de toepassing der strafwet, en om strafbaarheid aan te nemen wanneer overmacht de eigenlijke oorzaak is dat er iets gebeurd is, dat de strafwet verbiedt.’⁷³⁸

Dat niet alleen in theorie, maar ook in de Nederlandse praktijk werd aanvaard dat overmacht niet bevrijdde van aansprakelijkheid bij overtredingen, leidde Simons af uit de eerder besproken uitspraak van de rechtbank Leiden (de zaak over de zoutzieder in eerste aanleg).⁷³⁹ Of Simons gelijk had, kan overigens betwijfeld worden. Juist de uitspraken in deze zaak lieten naar mijn mening zien dat in de vaststelling van een feitelijke situatie heel goed de vaststelling van schuld besloten kon liggen. Of de zaak van de zoutzieder een goed voorbeeld is van de (onredelijke) toepassing van de leer van het materiële feit, valt dus te bezien.

⁷³⁴ Simons 1884, p. 561

⁷³⁵ Simons 1884, p. 566.

⁷³⁶ Citaat door Simons (Simons 1884, p. 563) van Chaveau en Hélie, *Théorie du Code Pénal*, Bruxelles 1845, deel I, § 4071.

⁷³⁷ Zij bleven namelijk wel vasthouden aan de toerekenbaarheid van de handeling als uitgangspunt voor aansprakelijkheid, ook bij overtredingen. Zie Simons 1884, p. 564

⁷³⁸ Simons 1884, p. 563.

⁷³⁹ Dit is de uitspraak in eerste aanleg in de zaak over de zoutzieder die beboet werd wegens een ondermaat. Rechtbank Leiden, 10 januari 1843, W 432, zie ook Hoofdstuk 4, par. 3.4.4.

In de meest extreme vorm werd de leer van het materiële feit ook in de Nederlandse praktijk niet toegepast, zo stelde Simons. Desalniettemin was het in Nederland kennelijk wel praktijk om ook bij goede trouw strafbaarheid aan te nemen.⁷⁴⁰ Ter illustratie haalde Simons een uitspraak van de kantonrechter te 's-Gravenhage aan. In deze zaak werd de directeur van de 's-Gravenhaagsche Melkinrichting vervolgd voor het voorhanden hebben en gebruiken van andere dan de wettelijke maten.⁷⁴¹ De directeur had kennelijk geïnformeerd naar de strekking van de bepaling bij de controleur van het IJkwezen. Deze had bevestigd dat het gebruik van de (niet in de wet genoemde, dus niet toegestane) maatbakken in de Melkinrichting niet onrechtmatig was. De kantonrechter oordeelde echter dat het gebruik van de maatbakken, zijnde 'andere dan wettelijke maten', wel degelijk als strafbaar moest worden beschouwd. Vanwege de 'volkomen goede trouw' werd de directeur van de Melkinrichting veroordeeld tot de minimumstraf.⁷⁴²

Hoewel hij het met de straf niet eens was, meende Simons toch dat deze uitspraak zijn pleidooi in zoverre ondersteunde dat de rechter de vaststelling dat de verdachte te goeder trouw was geweest wel had laten meewegen in zijn uitspraak, doordat hij de directeur slechts de minimumstraf had opgelegd. Aangezien de verdachte om advies had gevraagd, ontbrak volgens Simons bij hem alle opzet of schuld met betrekking tot de overtreding:

'Moet dus in deze de aanwezigheid van opzet worden verworpen, evenmin, nog minder bijna, kan er hier van strafbare culpa sprake zijn. Immer waar men handelt in overeenstemming met en krachtens advies van de bevoegde autoriteiten, daar kan bij geen mogelijkheid aan het bestaan van culpa worden gedacht; daar is geen verzuim, geen onvoorzichtigheid, daar heeft men alles gedaan wat men doen kon en voor het strafrecht zal toch wel evenzeer de regel gelden 'ultra posse nemo obligatur'.⁷⁴³

Anders dan Van der Vliet meende Simons dus dat bij voldoende onderzoek van de kant van de burger zelfs rechtsdwaling verschoonbaar moest kunnen zijn.

De invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht zag Simons als een kans voor het Nederlandse strafrecht om zich van de Franse doctrine, inclusief de leer van het materiële feit, te bevrijden.⁷⁴⁴ Uit het wetboek en uit de wetsgeschiedenis bleek dat de

⁷⁴⁰ Simons 1884, p. 580-581.

⁷⁴¹ Kantonrechter 's-Gravenhage, 27 december 1883, W 5006. Het ging om een overtreding van art. 29 sub 1 van de wet van 7 april 1869 (Stb. 57).

⁷⁴² Simons 1884, p. 581-583.

⁷⁴³ Simons 1884, p. 583.

⁷⁴⁴ Simons 1885, p. 60.

Nederlandse wetgever onderscheid had gemaakt tussen misdrijven en overtredingen en daar een verschillend regime wat betreft het schuldvereiste aan had verbonden. Dit betekende volgens Simons echter niet dat het Wetboek dwong tot de toepassing van het strafrecht op overtredingen conform de leer van het materiële feit:

‘[D]ie leer moge onzen wetgever door het hoofd gespeeld hebben en als een dogma des geloofs gelden in de praktijk, zij is en blijft in strijd met het grondbeginsel der strafrechtswetenschap en vindt in de bepalingen der wet gelukkig geen voldoende directe steun.’⁷⁴⁵

Dat de leer van het materiële feit niet uit de wet sprak, zag Simons als een opening voor een andere benadering van schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid bij overtredingen. De wetgever had de strafbare feiten op basis van het onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten onderverdeeld in twee categorieën: de misdrijven en de overtredingen. Simons vroeg zich af of dit onderscheid ook het verschil in schuldvereiste kon rechtvaardigen. In zijn ogen was het onderscheid tussen rechts- en wetsdelicten niet overtuigend:

‘Ook naar onze opvatting bestaat er tusschen delict en delict een onderscheid en wel juist hetzelfde verschil dat er bestaat tusschen onrecht en onrecht.’⁷⁴⁶

Ook al kon Simons zich niet vinden in het gekozen criterium, hij ontkende niet dat er een verschil was tussen misdrijven en overtredingen.⁷⁴⁷ Een onbetwiste grens was volgens hem echter niet te trekken en daarbij was ook het verschil in schuldvereiste niet gerechtvaardigd. Hij voegde daaraan toe:

‘De regel dat ‘zonder schuld geen delict bestaanbaar is’ (...) staat toch als inleidend beginsel bij de geheele strafwet voorop, en noch uit de wet zelf, noch uit den aard der overtredingen kan worden afgeleid, dat die regel voor de delicten van het derde boek hare waarde heeft verloren.’⁷⁴⁸

‘Aldus ook bij overtredingen moet er zijn eene handeling of nalatigheid van een daarvoor verantwoordelijk persoon; de eischen der imputabiliteit blijven onverzwakt. (...) Doch met dit vereischte te stellen schijnt dan ook voldaan aan het beginsel dat voor elk delict schuld aanwezig moet zijn.’⁷⁴⁹

⁷⁴⁵ Simons 1885, p. 50.

⁷⁴⁶ Simons 1885, p. 30.

⁷⁴⁷ Simons 1885, p. 31: ‘[V]oor het rechtsbewustzijn zijn alle delicten van een zelfde natuur, maar uit het oogpunt der moraal keuren wij het eene af en verklaren wij ons omtrent het andere onverschillig.’

⁷⁴⁸ Simons 1885, p. 50.

⁷⁴⁹ Simons 1885, p. 33-34.

Simons ontwikkelde vervolgens op basis van de systematiek van het wetboek een systeem dat zijns inziens recht deed aan het verschil dat de wetgever had gemaakt tussen misdrijven en overtredingen én recht deed aan het beginsel 'geen straf zonder schuld':

'Bij misdrijven wordt tusschen dolus en culpa steeds scherp onderscheiden; bij overtredingen is in de bepalingen der wet van die onderscheiding geen spoor, in de stukken wordt zij uitdrukkelijk verworpen; derhalve ligt de conclusie voor de hand, dat de wetgever bij overtredingen ook de culpa als voldoende grond van strafbaarheid heeft beschouwd. (...) [N]u hij bij de misdrijven steeds van opzet gewag maakt en waar de culpa mede in aanmerking komt, er een delictum sui generis van maakt, doch bij overtredingen eensklaps dit stelsel verlaat, moet de conclusie luiden, dat de grenslijn tusschen opzet en culpa bij overtredingen wegvalt en het delict even goed is gepleegd zoo het feit aan iemands schuld te wijten is als wanneer het opzettelijk is geschied. Als regel zal dus gelden dat ook de culpa tot strafbaarheid leidt, en dat slechts dan opzet zal worden vereischt, als de aard van het onder straf gestelde feit dit noodwendig vordert.'⁷⁵⁰

Anders dan Van der Vliet bepleitte Simons dat bij overtredingen zowel opzet als schuld tot strafbaarheid moest leiden. Daarom was hij het ook niet met Van der Vliet eens dat bij voorbaat kon worden vastgesteld of voor de strafbaarheid ter zake van een bepaalde overtreding opzet of schuld vereist was.

De invoering van het Wetboek van Strafrecht zag Simons als een goed moment voor de Nederlandse strafrechtswetenschap om meer invloed uit te gaan oefenen op de jurisprudentie. In zijn ogen had de strafrechtswetenschap de taak de rechtspraak bij te sturen, daar waar rechters de neiging kregen om uit te gaan van ficties en presumpties, in plaats van zich te baseren op de (werkelijke) schuld van de verdachte:

'[Z]olang de wet niet uitdrukkelijk het fundamenteele beginsel van het strafrecht ter zijde heeft gesteld, moet de wetenschap telkenmale hare stem doen hooren als de practijk dringt naar een weg waar men bij iedere stap op ficties en praesumpties stoot. (...)'⁷⁵¹

Naast het beschermen van de verdachte tegen ficties en presumpties zag Simons ook een belangrijke taak voor de wetenschap weggelegd bij het uitwerken van de consequenties van het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Op deze manier zou de praktijk die door de invoering van het Wetboek eindelijk bevrijd was van de Franse

⁷⁵⁰ Simons 1885, p. 51-52.

⁷⁵¹ Simons 1885, p. 50.

doctrine een nieuwe start kunnen maken waarin het schuldbeginsel een centrale plaats kon krijgen:

‘Zal de Nederlandsche practijk echter in staat wezen zich te ontworstelen aan de denkbeelden, door het Fransche Hof van Cassatie gepredikt, en dikwerf door onzen Hoogen Raad met treffende volharding overgenomen? (...) De invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht kan in dien toestand verbetering brengen (...). Die invoering maakt ons vrij van de Fransche wetenschap (...).’⁷⁵²

Simons keek dus vol optimisme uit naar het in werking treden van het nieuwe Wetboek. Hoewel de wetgever het schuldbeginsel bij overtredingen minder nadrukkelijk in de wet had verwerkt dan hij bij de misdrijven had gedaan, meende Simons dat uit de systematiek van de wet kon worden afgeleid dat ook bij overtredingen alleen bij bewezen schuld straf mocht volgen. Dit alles leidde hij af uit het algemene, fundamentele beginsel van strafrecht ‘geen straf zonder schuld’. Dat dit beginsel ook in het Nederlandse strafrecht zou gelden, lijkt Simons vanzelfsprekend te vinden. Maar is het wel zo vanzelfsprekendheid om een beginsel dat nergens door de wetgever als uitgangspunt is genoemd, tot algemeen uitgangspunt voor het strafrecht aan te wijzen en het strafrecht naar dit beginsel te modelleren?

3.3. Boter, margarine, melk en water

Onlangs Simons’ pleidooi en optimistische verwachtingen omtrent de mogelijkheden tot het realiseren van het schuldvereiste bij overtredingen die in het nieuwe Wetboek waren opgenomen, hield de Hoge Raad na het inwerkingtreden van het Wetboek van Strafrecht vast aan de leer van het materiële feit als uitgangspunt voor de strafbaarheid van overtredingen.⁷⁵³ Dit leidde met name bij de vervolging van overtredingen via de (nieuwe) deelnemingsfiguur ‘doen plegen’ tot problemen. De Hoge Raad had in een uitspraak uit 1898 bepaald dat voor doen plegen de *manus ministra* een ‘willoos werktuig’ moest zijn.⁷⁵⁴ Dat betekende dat alleen als de materiële dader straffeloos was (niet strafrechtelijk als dader verantwoordelijk kon worden gehouden), de middellijke dader als doen pleger in beeld kwam.⁷⁵⁵ Juist bij overtredingen was dit problematisch, omdat opzet of schuld daar geen voorwaarde voor strafbaarheid was en de leer van het materiële feit bepalend was voor strafbaarheid. De materiële dader werd dus alleen als willoos werktuig beschouwd als de overtreding niet aan hem

⁷⁵² Simons 1885, p. 60.

⁷⁵³ Vrij 1930, p. 7-9.

⁷⁵⁴ Van Lier 1913, p. 234-235 en 237-238; Vrij 1930, p. 10; Harteveld 2007, p. 153 e.v.

⁷⁵⁵ Van Hamel & Van Dijk 1927, p. 386-390.

kon worden toegerekend. Het was vanaf dat moment niet meer dan een kwestie van tijd tot een verdachte die vervolgd werd wegens doen plegen, zich zou beroepen op de aansprakelijkheid van de materiële dader.⁷⁵⁶ En dat was precies wat er gebeurde in de hieronder besproken arresten: het Boter en margarine-arrest en het Water en melk-arrest.

Het Boter en margarine-arrest werd door de Hoge Raad gewezen op 18 januari 1915.⁷⁵⁷ De verdachte was een fabrikant van margarine die aan een schipper de opdracht had gegeven om een houten vat (tub) te vervoeren. Op deze tub stond echter niet (duidelijk) vermeld dat er margarine in zat. Dat leverde een overtreding van de Boterwet op. De verdachte, de fabrikant van de margarine, werd veroordeeld tot een boete van f 1,- voor het doen vervoeren van margarine, terwijl niet op alle verpakkingen het woord 'Margarine' voorkwam.⁷⁵⁸ Dat werd in die tijd als een veroordeling voor doen plegen gezien. De fabrikant ging tegen deze veroordeling in cassatie.

A-G Besier stelde vast dat het in deze zaak ging om de vraag of de schipper straffeloos was en met betrekking tot de overtreding als een 'willoos werktuig' moest worden beschouwd. Het enige argument hiervoor was dat men aan de tub niet kon zien wat erin zat. Hoewel in casu de fabrikant werd vervolgd, wees Besier erop dat ook als de schipper was vervolgd het verweer onvoldoende zou zijn geweest om hem vrijuit te laten gaan.⁷⁵⁹ Dat de schipper onbekend was met de inhoud van de tub, was niet meer en niet minder dan een betoog dat bij hem alle schuld ontbrak, concludeerde Besier:

'[D]an is toch het beroep op de noodzakelijke onbekendheid met den aard van het in gesloten verpakking vervoerde niet meer dan een beroep op het ontbreken van het schuldbestandeel in de te laste gelegde handeling – het

⁷⁵⁶ Zie uitgebreid over de ontwikkelingen rond het doen plegen van overtredingen Van Lier 1913, p. 233 e.v.

⁷⁵⁷ HR 18 januari 1915, W 9773 (*Boter en margarine*).

⁷⁵⁸ De bewezenverklaring luidde: 'margarine doen vervoeren zonder dat op de verpakking het woord margarine voorkomt in duidelijke letters van zoodanige afmeting en zoodanig aangebracht als door den Minister van L., H. en N. is bepaald'. De rechtbank Rotterdam vernietigde het vonnis van de kantonrechter te Rotterdam van 26 mei 1914 omdat de vaststelling dat de schipper een bloot werktuig was geweest, niet voldoende gemotiveerd was. De rechtbank veroordeelde de fabrikant op 22 oktober 1914.

⁷⁵⁹ 'Ware (...) de schipper van de motorboot als de persoon die het feit gepleegd had, vervolgd, dan had m.i. eene veroordeling niet kunnen uitblijven en zou een beroep op de omstandigheid dat aan den tub niet te zien was, wat deze bevatten, den beklaagde niet hebben gebaat, daar voor hem geen uitzonderingsbepaling geldt als die van art. 37 der Vogelwet 1912.'

begrip “schuld” hier gebezigd in de beteekenis die opzet en zorgeloosheid omvat, niet in die van daderschap, waarin art. 211 Strafv. dit woord gebruikt.’

De overtreding van de Boterwet vereiste geen opzet of schuld en conform het systeem van de wet zou dus een veroordeling moeten volgen, zo concludeerde Besier. Het feit was geconstateerd, er was geen uitzonderingsbepaling van toepassing en ook geen van de algemene strafuitsluitingsgronden kwam voor toepassing in aanmerking. Met betrekking tot de vraag of enige schuld bij de dader aanwezig moest zijn voor de strafbaarheid van de overtreding, merkte hij op:

‘Mijns erachtens dan verbiedt de woordenkeus des wetgevers in verreweg de meeste verbodsbepalingen, wier schending als “overtreding” wordt gestraft, eenige schuld als bestanddeel van de daarin voorziene strafbare feiten aan te merken. Wanneer de bewoordingen er aanleiding toe geven, of zelfs maar daarvoor ruimte laten, ben ik bereid voor de strafbaarheid eener overtreding de aanwezigheid ten opzichte van het geheele feit of van een zijner bestanddelen te vorderen van opzet (bijv. bij art. 424 en 461 Swb). Doch dit is slechts bij uitzondering mogelijk en in de andere gevallen – waartoe het onderhavige behoort – acht ik het niet geoorloofd met een beroep op nergens in de wet vastgelegde algemeene beginselen, bestanddeelen, welke de verbodsbepaling niet kent, daarin te schuiven. Het is trouwens bekend, dat hiermede in overeenstemming ook de voorstelling was, welke de makers van het Strafwetboek van het begrip “overtreding” hadden.’

Anders dan Simons en Van der Vliet zag Besier geen ruimte voor een algemeen, expliciet schuldvereiste bij overtredingen. Op basis van zijn ideeën over de strafwet en de geschiedenis van haar totstandkoming concludeerde hij dat de strafwet strikt geïnterpreteerd diende te worden. Dat een strikte interpretatie ook hard kon zijn, was volgens hem geen reden om niet vast te houden aan een strikte interpretatie:

‘Tegen het door mij verdedigde stelsel is wel eens aangevoerd, dat het niet te rijmen zou zijn met de toepasselijkheid der algemeene strafuitsluitingsgronden ook op overtredingen. Dit is echter in zoverre juist, dat inderdaad, wanneer men het stelsel in al zijn starheid zou willen doorvoeren, die uitsluitingsgronden daarbij niet zouden passen. Ik zie echter niet in, dat uitzonderingsbepalingen voor gevallen waarin de gestrengte doorvoering van een stelsel tot al te grote hardheid zoude leiden, aan de aannemelijkheid van zoodanig stelsel in het algemeen afbreuk doen.’⁷⁶⁰

⁷⁶⁰ Hoge Raad 18 januari 1915, W 9773, p. 3 (Conclusie Besier).

Dat het principe dat aan de aansprakelijkheid voor overtredingen ten grondslag lag, streng was en tot hardheid kon leiden, zag Besier wel. Hij wees er ook op dat de wetgever maatregelen had getroffen om een te harde toepassing van de strafwet te vermijden. Daarnaast meende hij dat er een aantal arresten van de Hoge Raad waren waarin overeenkomstig zijn standpunt was beslist. Tot slot noemde hij ook een aantal arresten waarin de kwestie van het schuldvereiste voor overtredingen niet expliciet aan de orde was geweest:

‘[D]at daarin het niet vereischt worden van eenig schuldbestanddeel voor de strafbaarheid van overtredingen nooit uitdrukkelijk is uitgesproken, doch steeds alleen is overwogen, dat het onverschillig was, of de beklaagde al of niet met opzet of gemis van de noodige voorzorg had gehandeld, mits – en dit wijst naar de door mij verdedigde opvatting – hij maar niet door overmacht tot zijne handeling was gebracht.’⁷⁶¹

Besier ontleende zijn bezwaren tegen het inlezen van opzet of schuld als bestanddeel bij overtredingen aan de wetsgeschiedenis, de bewoordingen en de systematiek van het wetboek. Hierin vond hij geen aanwijzingen om te kunnen aannemen dat deze bestanddelen ingelezen zouden mogen worden door de rechter, ook als geen van de bestanddelen van de delictsomschrijving zich daarvoor leende.

Besier concludeerde dus tot vernietiging van het vonnis: omdat er geen grond was voor straffeloosheid van de schipper kon de fabrikant niet aansprakelijk zijn als doen pleger. In het Boter en margarine-arrest zou de Hoge Raad zich over dit punt evenwel nog niet uitspreken, omdat de requirant in het geheel geen cassatiemiddelen had ingediend.⁷⁶² De Hoge Raad zag kennelijk geen aanleiding tot ambtshalve cassatie van de veroordeling.

Een uitspraak van de Hoge Raad met betrekking tot het schuldvereiste bij overtredingen volgde een jaar later, in het arrest dat tegenwoordig bekend staat als het ‘Water en melk-arrest’. Ook in het Water en melk-arrest ging het om een vervolging voor doen plegen.

De verdachte, een veehouder, had zijn knecht melk laten afleveren die was aangelengd met water. Aangenomen wordt dat de knecht dit niet wist en ook niet gehouden was de melk te onderzoeken. De veehouder werd daarom vervolgd voor

⁷⁶¹ Hoge Raad 18 januari 1915, W 9773, p. 3 (Conclusie Besier).

⁷⁶² Hoge Raad 18 januari 1915, W 9773. Het College werd voorgezeten door mr. Hanlo en bestond verder uit mr. Segers, mr. Hesse, mr. Savelberg en mr. Feith.

het doen afleveren van melk waaraan iets was toegevoegd.⁷⁶³ De veehouder werd daarmee vervolgd voor het doen plegen van de overtreding strafbaar gesteld in art. 303 van de APV Amsterdam. In het cassatiemiddel werd aangevoerd dat doen plegen niet bewezen kon worden zonder dat was onderzocht of de knecht, Jan Doorn, de fysieke dader, straffeloos was. Voor strafbaarheid ter zake van art. 303 APV was blijkens de omschrijving van het feit geen opzet of schuld vereist. Dat de knecht niet wist dat de melk was aangelengd, kon dus geen reden zijn om hem niet aansprakelijk te houden voor deze overtreding. Hierop overwoog de Hoge Raad:

‘[D]at in de omschrijving van het volgens voormelde artikelen strafbare feit wel niet uitdrukkelijk is vermeld, dat bij hem, die dit feit pleegt, althans enige schuld aanwezig moet zijn, doch hieruit geenszins mag worden afgeleid, dat bij geheel gemis van schuld de bepaling nochtans van toepassing is; dat toch niets, bepaaldelijk niet de geschiedenis van het Wetb. Van Strafr., er toe dwingt om aan te nemen, dat bij het niet-vermelden van schuld als element in de omschrijving van een strafbaar feit, in het bijzonder van een overtreding, onze wetgever het stelsel huldigt, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld niettemin strafbaarheid zou moeten worden aangenomen, tenzij er een grond tot uitsluiting daarvan in de wet mocht zijn aangewezen; dat om deze tegen het rechtsgevoel en het – ook in ons strafrecht gehuldigde - beginsel ‘geen straf zonder schuld’ indruischende leer te aanvaarden, de noodzakelijkheid daarvan uitdrukkelijk uit de omschrijving van het strafbare feit zou moeten volgen, hetgeen ten deze niet het geval is’.⁷⁶⁴

In dit arrest deed de Hoge Raad dus eindelijk een uitspraak over de kwestie van het schuldvereiste bij overtredingen, zij het dat het antwoord zich beperkte tot de vraag of strafbaarheid moest worden aangenomen ondanks gebleken afwezigheid van alle schuld. De Hoge Raad sloot zich met dit antwoord niet aan bij de voorstanders van het inlezen van opzet en schuld bij overtredingen, maar ook niet bij de bepleiters van een strikte interpretatie van de delictsomschrijvingen van overtredingen.

⁷⁶³ Dit was strafbaar gesteld in art. 303 van de Algemene Politie Verordening van Amsterdam: ‘Het is verboden melk anders te verkoopen, af te leveren of ter aflevering voorhanden te hebben dan onder een der volgende benamingen:

a. melk of volle melk; (...)

Het is verboden melk te verkopen, af te leveren of ter aflevering voorhanden te hebben:

a. onder de benaming melk of volle melk (...) 3° indien daaraan iets is toegevoegd of onttrokken; b. onder de benaming, enz.’

⁷⁶⁴ HR 14 februari 1916, W 9958, m.nt. D.S., NJ 1916, p. 861 (*Water en melk*). Het College werd voorgezeten door mr. Hanlo en bestond uit mr. Hesse, mr. Savelberg, mr. Feith en mr. Visser. De samenstelling van het college was dus nagenoeg gelijk aan het college dat eerder in het Boter en margarine-arrest had geoordeeld.

De precieze strekking van deze uitspraak was onderwerp van vele artikelen en debatten in de jaren die volgden. Tegenwoordig wordt vrij algemeen aangenomen dat de Hoge Raad in het Water en melk-arrest een nieuwe strafuitsluitingsgrond heeft gecreëerd, namelijk 'afwezigheid van alle schuld' en daarin bovendien de verwijtbaarheid als element van het strafbare feit heeft erkend.⁷⁶⁵ Die strekking was aanvankelijk niet onbetwist, zoals de verschillende interpretaties van het arrest in de volgende paragraaf laten zien.

Opgemerkt zij nog dat als gevolg van het Water en melk-arrest de discussie over schuld als voorwaarde voor de strafbaarheid van overtredingen veranderde. In plaats van een discussie over de bedoeling van de wetgever en over hoe die te verenigen was met het beginsel 'geen straf zonder schuld', ging men zich meer richten op de betekenis van het Water en melk-arrest en de mogelijke consequenties daarvan voor de leer van het materiële feit.

3.4. Receptie van het Water en melk-arrest

Een van de eerste auteurs die over het Water en melk-arrest schreven, was Simons. Hij schreef een korte annotatie onder het arrest in het Weekblad van het Recht. Volgens hem had de Hoge Raad met dit arrest de weg vrijgemaakt voor het inlezen van een schuldbestanddeel.

'Van dit arrest begint de victorie. De Hooge Raad heeft thans duidelijk zijne opvatting te kennen gegeven dat ook bij overtredingen met het schuldelement moet worden gerekend, dat gebleken afwezigheid van schuld de strafbaarheid doet wegvallen.'⁷⁶⁶

Ongeveer acht maanden na het Water en melk-arrest verscheen in het kader van het verschijnen van de 10.000^e editie van het Weekblad van het Recht een bijzonder nummer. Ter gelegenheid van deze mijlpaal had de redactie verschillende auteurs uitgenodigd een bijdrage te schrijven voor een buitengewoon nummer van het Weekblad over de belangrijkste vragen die het recht op dat moment beheersten. In dat kader verschenen in dit nummer bijdragen van Besier en Leendertz over schuld bij overtredingen.

In zijn bijdrage ging Besier in op de betekenis van het Water en melk-arrest. Het Water en melk-arrest was volgens hem in twee opzichten van belang. In de eerste plaats was het een belangrijk arrest omdat de Hoge Raad zich uitsprak over de consequenties van gebleken afwezigheid van alle schuld. In het Boter en margarine-arrest had Besier zijn argumenten uiteengezet tegen straffeloosheid op grond van een

⁷⁶⁵ Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 44.

⁷⁶⁶ HR 14 Februari 1916, W 9958, m.nt. D.S., p. 3.

niet in de wet erkend beginsel. Hij concludeerde dat de beslissing van de Hoge Raad niet gestoeld was op de wet, maar op het rechtsgevoel:

‘Vooreerst omdat (...) de beslissing alleen gegrond is op het rechtsgevoel en op een nergens uitdrukkelijk uitgesproken rechtsbeginsel. (...) Een bewijs dat ook op strafrechtelijk gebied het bloote rechtsbewustzijn des rechters beslissende kracht kan hebben.’⁷⁶⁷

Besier was wel verheugd over deze ontwikkeling. De brug die de Hoge Raad in het arrest uit 1916 sloeg om wet en rechtsgevoel met elkaar te verbinden, was op grond van dat rechtsgevoel volgens hem wenselijk:

‘Tot deze overwinning [van de voorstanders van het schuldvereiste bij overtredingen] mede te werken, verbiedt mij mijn inzicht in de geschreven wet en in hare geschiedenis. Niettemin zal zij mij van harte verheugen, omdat zij ook mijn rechtsbewustzijn meer zal bevredigen dan de starre leer van het materiele feit.’⁷⁶⁸

Besier zag het Water en melk-arrest als een overwinning voor Simons en zijn pleidooi voor een schuldvereiste bij overtredingen. En met Simons concludeerde hij dat de victorie begonnen was, ‘maar waar hij [Simons] wezen wilde, daar zijn we nog niet aangeland.’⁷⁶⁹ Over het bewijs van de schuld dat Simons ook eiste, was tenslotte (nog) niet beslist.

Besier wees op de overweging waarin de Hoge Raad benadrukte dat bij ‘*gebleken* afwezigheid van alle schuld’ geen veroordeling kon volgen. Hoe mooi de ‘overwinning’ van het schuldbeginsel ook leek, Besier meende dat deze ontwikkeling ook een nieuw gevaar met zich mee bracht:

‘[D]at men op den duur vrede zou hebben met eene aldus tot stand gekomen verplaatsing van den bewijslast, voor zooveel de schuld betreft, naar den beklaagde, welke verplaatsing toch eveneens indruischt tegen het rechtsgevoel en de algemeene – ditmaal wel degelijk in de wet uitgesproken – rechtsbeginselen, schijnt niet aannemelijk.’⁷⁷⁰

Als de eis van *gebleken* afwezigheid van alle schuld ertoe zou leiden dat de bewijslast wat betreft de schuld bij de verdachte zou komen te liggen, zou het resultaat volgens Besier niet in lijn zijn met Simons betoog. Op die manier zou door de erkenning van

⁷⁶⁷ Besier 1916, p. 13.

⁷⁶⁸ Besier 1916, p. 13.

⁷⁶⁹ Besier 1916, p. 13.

⁷⁷⁰ Besier 1916, p. 13.

het schuldbeginfel de verdachte ten dele juist minder bescherming genieten dan voorheen. Maar zover was het nog lang niet en ook Besier hoopte in dit stadium op een volledige overwinning van Simons. Hij schetste vast hoe een volgende stap in die richting eruit zou kunnen zien:

‘Een volgende stap op dezen weg zal bijv. kunnen zijn, dat een beroep van den beklaagde op het bij hem ontbreken van schuld niet meer met stilzwijgen voorbijgegaan zal mogen worden. Immers de beslissing, naar aanleiding van zoodanig beroep te nemen, zou kunnen zijn, dat de afwezigheid van schuld gebleken was, en dan zou eene veroordeeling zijn uitgesloten.’⁷⁷¹

Leendertz vond een volledige overwinning van Simons’ visie op het schuldvereiste bij overtredingen in het geheel geen aanlokkelijk vooruitzicht. De door Simons voorgestane ontwikkeling van het schuldvereiste bij overtredingen betitelde hij als ‘ondoelmatig’ en ‘gevaarlijk’ voor de praktijk.

‘Moet voor elke overtreding, ja voor elk bestanddeel van deze, bewijs van schuld geleverd worden, dan wordt de taak van het Openbaar Ministerie uitermate verzaamd en een vlote vervolging en bestraffing van overtredingen – voor den geregelden gang van een staatsleven van niet geringe beteekenis – belemmerd.’⁷⁷²

Hij concludeerde dat op grond van het Water en melk-arrest duidelijk was geworden welke opvatting de Hoge Raad verwierp, maar niet hoe de Hoge Raad er wel over dacht.

Ook vanuit theoretisch perspectief plaatste hij vraagtekens bij het centraal stellen van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’. Volgens Leendertz ging het bij de bestraffing van overtredingen niet om vergelding, maar om het bevorderen van de naleving van de wetten en verordeningen.

‘Moet [de overtreding] niet gestraft worden, opdat in de eerste plaats de dader en zijn omgeving (...) afgeschrikt worden van het overtreden der verboden van de overheid (...) opdat zoo indirect de verder liggende doeleinden, waartoe die verboden en geboden weer middel zijn, verwezenlijkt worden? Indien dit zoo is, indien de straf dus louter doelstraf is, ligt dan in dit doel, de genoemde afschrikking, het vereischte van schuld noodzakelijk opgesloten? Mijns inziens niet, en zoo ware een strafrecht gerechtvaardigd, dat bij de overtredingen met schuld totaal geen rekening hield.’⁷⁷³

⁷⁷¹ Besier 1916, p. 13.

⁷⁷² Leendertz 1916, p. 14. Vgl. ook Gritter 2003, p.143-147.

⁷⁷³ Leendertz 1916, p. 14.

Hoewel een strafrecht zonder schuld vanuit doelmatigheidsoverwegingen voordelen had, meende Leendertz dat ook recht moest worden gedaan aan het billijkheidsgevoel van de samenleving. Idealiter zou daarom het ontbreken van schuld als een *fait d'excuse*, een verontschuldigungsgrond, moeten worden beschouwd. Mocht de ontwikkeling anders verlopen en een schuldvereiste bij overtredingen wel als te bewijzen element erkend worden, dan was het volgens hem de vraag welke mate van schuld voor de strafbaarheid van overtredingen nodig was. Ten behoeve van het algemeen belang moeten bij overtredingen strenge eisen worden gesteld, zo meende hij:

‘Indien een algemeen belang krachtige handhaving van bepaalde wetsbepalingen vereischt zou ik daarom reeds op dien algemeenen grond geneigd zijn de eischen van voorzorg en voorzichtigheid vrij streng te stellen.’⁷⁷⁴

Dus als er bij overtredingen dan al een schuldvereiste gold, dan zou volgens Leendertz schuld al snel aangenomen moeten worden, namelijk zodra ‘de dader niet alles gedaan heeft wat redelijkerwijs van hem gevergd kon worden.’⁷⁷⁵

4. Preadvies Vrij

4.1. Inleiding

Na het Water en melk-arrest overheerste in de literatuur het gissen naar de consequenties van die uitspraak. Ondanks zijn bezwaren tegen de genomen beslissing wenste zelfs Besier dat het arrest het begin van Simons victorie zou zijn. Maar de rechtspraak ontwikkelde zich anders. Tot Simons teleurstelling moest hij in 1921 concluderen dat de ingezette ontwikkeling het beoogde eindpunt niet leek te bereiken:

‘De Hoogen Raad is op den goeden weg halverwege blijven staan en volhardt bij dien stilstand.’⁷⁷⁶

De Hoge Raad ging niet verder dan de overweging dat bij (gebleken) afwezigheid van alle schuld, straffeloosheid moest volgen.⁷⁷⁷ Maar de Hoge Raad keerde ook niet terug naar de lijn die aanvankelijk door Besier was verdedigd, namelijk dat er geen rechtsgevolgen verbonden konden worden aan een niet in de strafwet erkend beginsel. In de jaren na het Water en melk-arrest ontwikkelde de jurisprudentie

⁷⁷⁴ Leendertz 1916, p. 14.

⁷⁷⁵ Leendertz 1916, p. 14.

⁷⁷⁶ HR 23 mei 1921, W 10766 m.nt. DS.

⁷⁷⁷ Zie ook Vellinga 1982, p. 24 e.v.

van de Hoge Raad zich richting het uitzonderingsbeginsel, een andere richting dan Simons en Besier hadden gehoopt.

De Nederlandsche Juristen-Vereeniging besprak naar aanleiding van deze ontwikkeling in 1930 het beginsel 'geen straf zonder schuld' als thema op zijn jaarvergadering. Als strafrechtelijke preadviseurs waren door de NJV Vrij, hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht in Groningen, en Wijnveldt, A-G bij de Hoge Raad, uitgenodigd. In hun preadviezen stond de volgende vraag centraal:

'Behoort in het Wetboek van Strafrecht een algemeen beginsel te worden opgenomen waarbij de strafbaarheid wordt uitgesloten bij gebreke van schuld? Zo neen, hoe kan dan worden tegemoet gekomen aan de bezwaren van het in het wetboek ontbreken van zulk een algemeen beginsel?'⁷⁷⁸

Beide preadviseurs kwamen tot een bevestigend antwoord op de eerste vraag, maar alleen Vrij ging zo ver om zijn voorstellen ook uit te werken in twee wetsbepalingen. Door deze voorstellen en zijn systematische en doorwrochte aanpak van het onderwerp heeft Vrij's preadvies een grote invloed gehad op het debat over de plaats van het beginsel 'geen straf zonder schuld' in het Nederlandse strafrecht.

Door het tijdsverloop en de verder uitgekristalliseerde jurisprudentie van de Hoge Raad kon Vrij de ontwikkelingen in kaart brengen die tot het Water en melk-arrest hadden geleid en de ontwikkelingen in de jurisprudentie na dat arrest. Vrij kon daardoor de vraag of, en zo ja in welke vorm, een schuldvereiste bij overtredingen moest worden aangenomen in een breder perspectief plaatsen. Op praktische gronden én los van het stellige recht kwam hij tot een bevestigend antwoord op de geformuleerde vraag. Hij verbond daar ook de meest verstrekkende consequentie aan door te pleiten voor het opnemen van strafuitsluitingsgronden inzake de verschoonbare feitelijke dwaling en de verschoonbare rechtsdwaling in het Wetboek van Strafrecht, in de vorm van een art. 43a en een art. 43b.

Het preadvies over de plaats van het beginsel 'geen strafbaarheid bij gebleken afwezigheid van alle schuld' kwam precies op het goede moment. De jurisprudentie van de Hoge Raad was sinds 1916 verder uitgekristalliseerd.⁷⁷⁹ De discrepantie tussen de pleidooien in de strafrechtswetenschap en de wijze waarop de praktijk met het beginsel omging, was vijftien jaar na het Water en melk-arrest echter nog steeds aanwezig. Daardoor was er in 1930 behoefte aan een dogmatische heroverweging van de plaats van het beginsel 'geen strafbaarheid bij gebleken afwezigheid van alle schuld' en een (nieuwe, dogmatische) inkadering van dat beginsel die ook de praktijk duidelijkheid bood over de positie van afwezigheid van alle schuld (avas).

⁷⁷⁸ Vrij 1930, p. 1.

⁷⁷⁹ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad van 27 oktober 1930, W 12240, p. 3 m.nt. Vrij.

Om aan alle aspecten van de vraag over de plaats van het beginsel 'geen straf zonder schuld' recht te doen in één preadvies was geen eenvoudige opgave. Vrij's preadvies is geen gemakkelijk leesbaar essay geworden. Illustratief was een opmerking van De Grooth, een advocaat, die tijdens de NJV-Vergadering vertelde dat hij met buitengewoon veel belangstelling het preadvies van Vrij had 'doorgeworsteld':

'[T]oen ik deze preadviezen in handen kreeg, heb ik mij in een gemakkelijken stoel gezet, en onder het genot van een kopje thee het preadvies van Mr. Wijnveldt eens doorgelezen. Maar toen ik kwam aan het preadvies van Mr. Vrij heb ik de thee laten staan, en heb ik mij aan de tafel gezet, met een potlood, om goed te ontcijferen, wat erin stond.'⁷⁸⁰

Dat het geen gemakkelijk leesbaar preadvies was geworden, daar was ook Vrij zich van bewust. Hij was echter van mening dat de complexiteit van het onderwerp deze aanpak rechtvaardigde:

'Dat, nu na een welhaast zestig-jarig bestaan van de Juristen-Vereeniging voor het eerst de schuld in het strafrecht aan de orde is gesteld, de toelichting binnen zoo beknopt bestek moest geschieden, maakte dat ik in het schrijven gespieerde gedrongenheid moest verkiezen boven de lossere, breede uitgeschrevenheid, die tegenwoordig meer geliefd is. Gelijk Binding van zijn samenvattend werkje over schuld, zeg ik van mijn preadvies: "*Es wendet sich an die denkfremde Praxis, und scheut sich nicht, ihr was zuzumuten.*" Of mocht ik wanen het u gemakkelijker te kunnen maken dan Binding aan het einde van een lang geleerdenleven het zijn lezers wist te maken? Neen, Mijne Heeren, ook ik moest hier iets van u vergen. Ik zou tegenover de veelomvattendheid en de ingewikkeldheid van de stof zijn tekortgeschoten, had ik anders gedaan.'⁷⁸¹

4.2. Het oude probleem van het schuldvereiste bij overtredingen

Als inleiding op het 'probleem' schetste Vrij in het eerste deel van zijn preadvies de opkomst en ontwikkeling van het beginsel 'geen strafbaarheid bij gebleken afwezigheid van alle schuld'. Volgens Vrij was de harde, onrechtvaardige leer van het materiële feit waar Simons, Van Hamel en Van der Vliet zich tegen verzetten, niet meer dan een denkbeeldig dogma.⁷⁸² Niemand, ook de voorstanders van die leer niet, zou de leer van het materiële feit zo hebben willen toepassen dat toerekenbaarheid geen vereiste meer was, zo stelde hij:

⁷⁸⁰ NJV 1930, p. 96.

⁷⁸¹ NJV 1930, p. 144.

⁷⁸² Vgl. Van der Vliet 1884, p.4.

‘[A]ls deze leer stellen zij daarbij voor, dat het materieel feit ook bij ontoerekenbaarheid of rechtvaardigingsgrond (overmacht bv.) strafbaar blijft! Zoodanige leer vond ik echter door niemand ooit verkondigd. Doch dit misteekend beeld der f.m.-leer bleef tot heden gebruikelijk. (...) Voorstanders der werkelijke f.m.-leer maken zich aldus van de nu meer odieuze term “het enkele materiele feit” los; tegenstanders, ook Simons en Van Hamel, keeren zich vooraf tegen een denkbeeldig dogma.’⁷⁸³

Het vertekende beeld dat in de (Nederlandse) literatuur over de leer van het materiële feit was ontstaan, vertekende ook het verzet ertegen. Vrij lijkt de leer van het materiële feit anders op te vatten dan Simons. Dat vertaalt zich in een andere lezing van het Water en melk-arrest. Volgens Vrij had het Water en melk-arrest een andere strekking en kon daar ook niet uit worden afgeleid dat de Hoge Raad het pleidooi van Simons ondersteunde. Anders dan Simons die over de victorie van het schuldbeginnsel begon, ging het volgens Vrij in dat arrest in de eerste plaats om aansprakelijkheid bij de deelnemingsfiguur doen-plegen. Een wijdere strekking van het arrest zoals de erkenning van een schuldelement bij overtredingen was volgens Vrij niet aan de orde.

‘De H.R., niet meer willend beslissen dan noodig was om bij overtredingen de figuur van den middellijken dader, die strafbaar is wijl de materiele dader willoos werktuig is, mogelijk te maken, had met zoveel woorden slechts als onjuist terzijdegesteld de leer, dat zelfs bij gebleken afwezigheid van alle schuld strafbaarheid bestaat. (...) De H.R. had ook niet meer gewijzigd dan noodig was; uitsluitend bij afwezigheid van alle schuld bij den materieelen dader behoefde de middellijke wegens doen-plegen strafbaar te worden; in alle andere gevallen moest de eerste als dader strafbaar blijven, en was de laatste wel strafbaar als uitlokker, mededader of medeplichtige.’⁷⁸⁴

In het Water en melk-arrest heeft de Hoge Raad, zo meende Vrij, getracht om de aansprakelijkheid van de middellijke dader van overtredingen de beoogde uitwerking te geven. Net als Leendertz, wiens opvatting in de vorige paragraaf aan de orde kwam, concludeerde Vrij dat de Hoge Raad alleen een bepaalde, extreme opvatting van de leer van het materiële feit verwierp. De uitspraak van de Hoge Raad kon voor wat betreft het realiseren van het beginnsel ‘geen strafbaarheid bij gebleken afwezigheid van alle schuld’ volgens Vrij op twee manieren uitgewerkt worden:

⁷⁸³ Vrij 1930, p. 4-5.

⁷⁸⁴ Vrij 1930, p. 14.

‘[E]xcipieerend, door nu inderdaad positief ook te formuleeren, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld géén strafbaarheid bestaat; of designeerend, door voor de strafbaarheid van overtredingen opzet of culpa te vereischen.’⁷⁸⁵

De eerste regelwijze werd door Vrij het ‘uitzonderingsbeginsel’ genoemd, de tweede regelwijze het ‘aanwijzingsbeginsel’. Het aanwijzingsbeginsel doet enigszins denken aan het standpunt van Simons e.a.⁷⁸⁶ Uit de jurisprudentie leidde Vrij af dat de Hoge Raad sinds het Water en melk-arrest een andere schuldleer ten aanzien van de overtredingen had aanvaard dan voor 1916:

‘Welbewust heeft de H.R. in de plaats der oude, van die voor misdrijven afwijkende schuldleer voor overtredingen een andere gesteld, die eveneens nog van die voor misdrijven afwijkt: 1. Opzet en culpa zijn *gelijkelijk* en *tezamen* strafbaar; 2. Ook *geringe* culpa is strafbaar; 3. Schuld wordt niet bewezen; het materieel feit is strafbaar, *tenzij blijkt* van a.v.a.s.’⁷⁸⁷

Met het Water en melk-arrest had de Hoge Raad volgens Vrij niet meer willen veranderen dan nodig was om het strafrecht niet in strijd met het beginsel ‘geen strafbaarheid bij gebleken afwezigheid van alle schuld’ te hoeven toepassen. Hij constateerde dat echter onduidelijk bleef, waar de grens lag tussen schuld en schuldeloosheid. Vrij onderzocht daarom de ‘gesteldheid van de schuld bij overtredingen’ en stelde vast:

‘Ook de lichtste schuld telt daarbij [bij de overtredingen] als schuld. Maar ze zij schuld. Waar eischen worden gesteld aan het besef van den mensch als redelijk wezen, blijve ook de strengste eisch redelijk gesteld.’⁷⁸⁸

In de redelijkheid van de strengheid vond Vrij vervolgens aanleiding om stil te staan bij het probleem van de dwaling. Dat een dader een overtreding kon begaan zonder te beseffen dat hij een strafbaar feit pleegde, had volgens Vrij te maken met de wijze waarop de strafbare gedragingen waren omschreven, namelijk door een eenvoudig doen of nalaten strafbaar te stellen. Daardoor kon een strafbaar feit voltooid zijn, voordat de dader besepte dat hij iets strafbaars had gedaan en kon hij dus ook niet altijd voorkomen dat hij een strafbaar feit beging:

‘Allen kunnen wij de figuur ontmoeten bij elk s.f., dat zoo omschreven is, dat de feitelijke bestanddeelen zich in iemands persoon kunnen verwezenlijken

⁷⁸⁵ Vrij 1930, p. 14.

⁷⁸⁶ Vrij 1930, p. 17.

⁷⁸⁷ Vrij 1930, p. 20.

⁷⁸⁸ Vrij 1930, p. 31-32.

buiten zijn toedoen en toezicht, zonder gelegenheid voor hem om bij ontdekking het immers voltooid s.f. nog ongedaan te maken.⁷⁸⁹

Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor bij de strafbepaling op basis waarvan 'het bestaan van een ondermaat' werd bestraft: volgens Vrij kon ook 'de geregeld metende zoutzieder' niet altijd voorkomen dat er een ondermaat ontstond en dus een strafbaar feit. Met de vaststelling van de omvang van de ondermaat, was het strafbaar feit gegeven, zelfs een onmiddellijk herstel van de lekkage kon het delict niet ongedaan maken. De ruime formulering van de strafbepaling maakte dat er meer gedragingen strafbaar waren dan alleen die waaraan de dader schuld had:

'Zoolang de omschrijving feitelijk typeeren wil, zal ze onvermijdelijk schuldelooze gedragingen mee-omvatten (...).'⁷⁹⁰

Door de feitelijke omschrijving van sommige strafbare feiten kan dus ook de schuldeloos begane overtreding strafbaar zijn. Vrij vroeg zich af of er een reden was om het schuldeloos begaan van een overtreding straffeloos te laten zijn. Een antwoord vond hij, anders dan Simons, niet in het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Op dit punt verschilden Vrij en Simons fundamenteel met elkaar van mening:

'Gezien, dat er gevallen van schuldeloos begaan van overtredingen zijn, wenschen wij die nu strafbaar? Ik neem aan, dat ons rechtsbewustzijn *neen* zegt. Een antwoord valt slechts te belijden; niet af te leiden. Niet uit het wezen van het strafrecht, dat tot dusver langer niet op schuld gegrond was dan wel, en dit laatste nog slechts voor misdrijven: met name niet uit het beginsel 'geen straf zonder schuld', hetwelk men niet voor een algemeen beginsel mag houden, voor en aler juist, van elders dus, vaststaat dat het ook voor overtredingen (*excusez du peu!*) behoort te gelden. Nu wij het beamen voor overtredingen, bevredigt deze overeenstemming met de misdrijven.'⁷⁹¹

Volgens Vrij kon de reden voor straffeloosheid bij schuldeloosheid niet worden ontleend aan het beginsel 'geen straf zonder schuld', maar wel aan het rechtsbewustzijn. Hoewel zij anders dachten over de grondslag van deze regel, waren Vrij en Simons het er wel over eens dat de schuldeloze overtreding niet bestraft zou moeten worden. Dit blijkt uit een opmerking van Vrij in zijn preadvies: 'bij niet-schuld moet het feit niet-strafbaar zijn!'⁷⁹²

⁷⁸⁹ Vrij 1930, p. 35-36.

⁷⁹⁰ Vrij 1930, p. 36.

⁷⁹¹ Vrij 1930, p. 36-37.

⁷⁹² Vrij 1930, p. 40.

Vrij stelde daarom dat de straffeloosheid bij schuldeloosheid niet gerechtvaardigd kon worden door het beginsel 'geen straf zonder schuld'. In samenhang daarmee zag hij ook de wijze waarop de straffeloosheid bij schuldeloosheid moest worden gerealiseerd anders dan Simons. Vrij stelde voorop dat op grond van de zeldzaamheid van een schuldeloos gepleegde overtreding, het schuldeloos begaan van een overtreding als het abnormale geval mocht worden beschouwd. Dit rechtvaardigde volgens hem dat in het normale geval mocht worden verondersteld dat sprake was van schuld:

'Een presumptie van schuld dus toch? In dien zin ja – evenals een vermoeden van onrechtmatigheid. Maar men zie wèl, waarvoor en wanneer het vermoeden wijkt: elke schijn of bewering van een feit, bij welks aanwezigheid schuld resp. onrechtmatigheid niet of wellicht niet meer aanwezig zou zijn, verplicht den rechter te onderzoeken hoe het in casu met die schuld resp. onrechtmatigheid staat.'⁷⁹³

Hiervoor bleek dat Simons van de ficties en presumpties af wilde, maar Vrij hield het gebruik van vermoedens en presumpties voor gerechtvaardigd, ook bij de schuld.⁷⁹⁴ Mits er onderzoek zou volgen wanneer er indicaties waren dat de dader de overtreding schuldeloos zou kunnen hebben begaan. Dit voorstel staat haaks op Simons pleidooi voor het bewijs van schuld, dat hiervoor in paragraaf 3.2 werd besproken.

Vrij's voorstel had minder verstrekkende gevolgen voor de bewijslast van de verdachte dan op het eerste gezicht leek. Omdat de verdachte gestraft zou worden als schuld aanwezig was, moest nader onderzoek volgen als er aanwijzingen waren dat het schuldvermoeden in een specifiek geval niet opging. Dit nader onderzoek betekende niet dat het bewijs van schuld door de verdachte moest worden geleverd, maar alleen dat de schuld-presumptie moest worden verlaten als er indicaties waren dat het waarschijnlijk was dat bij de verdachte alle schuld ontbrak:

'Zij [de overweging dat het om straf gaat, EHA_vL] eischt niet, dat nu *schuld* (...) moet zijn *bewezen*; maar zij verbiedt, dat schuld vermoed blijft totdat de *a.v.a.s* is *bewezen*. Het maakt weinig verschil om i.p.v. *bewezen* te lezen *gebleken*, nu het wettelijk bewijsstelsel meer de ordening dan nog de beperking van een natuurlijk stelsel schijnt; de overweging dat het om straf gaat verbiedt m.i. óók, dat schuld vermoed blijft totdat afwezigheid van alle schuld is *gebleken*. Neemt men dat vermoeden voor wat het is (...), dan moet het, nu het schuld

⁷⁹³ Vrij 1930, p. 40.

⁷⁹⁴ Vgl. het pleidooi van Simons, hiervoor besproken in par. 3.2.

en straf betreft, wijken zodra de *waarschijnlijkheid* van afwezigheid van alle schuld is *gebleken*.⁷⁹⁵

In vergelijking met de door de Hoge Raad gehanteerde formule van ‘gebleken afwezigheid van alle schuld’ heeft het door Vrij voorgestelde schuldvermoeden, dat moet worden verlaten bij het blijken van de waarschijnlijkheid van afwezigheid van alle schuld, minder verstrekkende gevolgen voor de bewijslast die op de verdachte rust. In zijn opvatting kon geen sprake zijn van het volledig op de verdachte komen te rusten van de bewijslast wat betreft zijn (on)schuld. Dit resultaat kon, zo bleek al, op twee manieren worden gerealiseerd, namelijk door toepassing van het aanwijzingsbeginsel of door middel van het uitzonderingsbeginsel. Het verschil tussen beide benaderingen lag in de accenten:

‘Hetaanwijzingsbeginsel (...): geen straf zonderschuld, het uitzonderingsbeginsel (...); geen straf zonder schuld, geen strafbaarheid bij a.v.a.s.’⁷⁹⁶

In beide gevallen zou bij het ontbreken van schuld geen straf worden opgelegd. Met het aanwijzingsbeginsel kwam het accent op de vastgestelde schuld als grondslag voor de straf te liggen, terwijl door het uitzonderingsbeginsel juist werd benadrukt dat geen straf kon worden opgelegd bij het ontbreken van schuld (met andere woorden: geen schuld betekende dan geen grondslag voor straf). Om praktische redenen had Vrij een voorkeur voor het uitzonderingsbeginsel:

‘Gezien de zeer groote frequentie der te berechten overtredingen en de zeer geringe frequentie der a.v.a.s.-gevallen, meen ik omtrent de tweede bewijsregeling: terwijl zij ten volle aan gerechtigheidseischen voldoet, voldoet zij het meest aan doelmatigheidseischen.’⁷⁹⁷

Vrij vond de eis van ‘gebleken afwezigheid van alle schuld’ niet verantwoord vanuit het oogpunt van gerechtigheid. Bovendien dacht hij dat het door hem voorgestelde systeem ook paste bij de ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals hij die zag.

4.3. Voorstellen Vrij

Vrij stelde dus een systeem voor waarin via het uitzonderingsbeginsel bij gebleken waarschijnlijkheid van afwezigheid van alle schuld nader onderzoek moest worden gedaan naar de aanwezigheid van schuld bij de verdachte om te kunnen bepalen of

⁷⁹⁵ Vrij 1930, p. 42-43.

⁷⁹⁶ Vrij 1930, p. 43.

⁷⁹⁷ Vrij 1930, p. 43.

er aanleiding was voor straffeloosheid. Hij werkte zijn systeem verder uit door na te gaan hoe zijn voorstel het beste in de wet kon worden vormgegeven.

Dogmatisch moest a.v.a.s. worden beschouwd als een verontschuldigungsgrond, een disculpatiegrond, zo stelde hij. Daarmee sloot hij aan bij het idee dat schuld niet bewezen hoefde te worden bij overtredingen, zolang schuld geen bestanddeel van de delictsomschrijving was. Dit deed er echter niet aan af dat bij het ontbreken van schuld de strafbaarheid van de overtreding wel moest komen te vervallen. Vrij vroeg zich af of dit bereikt kon worden binnen de structuur van het strafbare feit, zonder van schuld een bestanddeel te maken. Hij concludeerde dat dit mogelijk was:

‘Men noeme de schuld een *element* van het s.f., naast het materieel element en de onrechtmatigheid.’⁷⁹⁸

Door schuld als element te beschouwen, kon worden voortgebouwd op de positie van het andere element, de wederrechtelijkheid.⁷⁹⁹ In aansluiting bij het systeem van de wet stelde Vrij voor om het beginsel dat bij afwezigheid van alle schuld geen straf kan volgen op te nemen in de derde titel van de strafwet. Daartoe formuleerde hij een extra strafuitsluitingsgrond, art. 43a:

‘Art. 43a. Niet strafbaar is hij die een feit begaat met afwezigheid van alle schuld ten aanzien van eenig voor de strafbaarheid van het feit vereischte gedraging, gevolg of aan een dezer verbonden feitelijke omstandigheid.’⁸⁰⁰

Door het beginsel in de wet op te nemen kon een geregelde en juiste toepassing van de avas-regel worden verzekerd, zo stelde hij. Dat zou leiden tot meer eenheid en rechtszekerheid omtrent de rechtsgevolgen van afwezigheid van alle schuld. Neerlegging van het beginsel in de wet zou leiden tot meer harmonie in de toepassing, omdat de opname van deze bepaling in het wetboek ook de toepassing van het beginsel in bijzondere strafwetgeving kon verzekeren. Bovendien verschafte het duidelijkheid over de omvang van de werking van het beginsel bij verschillende delicten en met betrekking tot de verschillende delictsbestanddelen.

Met het opnemen van de voorgestelde bepaling in de strafwet zou een deel van de problematiek inzake dwaling verholpen zijn, omdat de wetsbepaling duidelijkheid schiep over de voorwaarden waaronder straffeloosheid moest volgen. Eén probleem was met het invoeren van art. 43a echter niet opgelost en dat was de overtreding als gevolg van een dwaling omtrent het recht. Vrij dacht daarbij aan onbekendheid met

⁷⁹⁸ Vrij 1930, p. 46.

⁷⁹⁹ Vrij spreekt hier van onrechtmatigheid.

⁸⁰⁰ Vrij 1930, p. 46

de wet (lokale verordeningen!), maar ook aan een verkeerd advies.⁸⁰¹ Als gevolg van dwaling omtrent het recht konden mensen volkomen te goeder trouw een delict begaan. Daarom bepleitte Vrij dat naast art. 43a ook een art. 43b opgenomen zou moeten worden, luidende:

‘Art. 43b. Niet strafbaar is hij die een feit begaat, terwijl hij beseft noch behoort te beseffen, dat het ongeoorloofd is, noch ook rekening behoort te houden met de mogelijkheid daarvan.’⁸⁰²

Zoals ook uit de tekst van het voorgestelde art. 43b blijkt, wilde Vrij niet elke rechtsdwaling verschoonbaar maken en stelde hij eisen aan de oplettendheid en zorgvuldigheid van de burger. Deze moest ‘zich met zorg op de hoogte stellen’.⁸⁰³ Op deze manier kreeg het adagium ‘ieder behoort de wet te kennen’ meer realiteitswaarde, aldus Vrij. Door ook dit beginsel in de wet uit te drukken, kon bovendien een juiste en gelijke processuele uitwerking worden verzekerd.⁸⁰⁴ Terugkomend op de vraag die centraal stond in het preadvies concludeerde Vrij dat het algemene beginsel ‘geen strafbaarheid bij gebleken afwezigheid van alle schuld’ inderdaad in het Wetboek zou moeten worden opgenomen.

4.4. De NJV-vergadering over de voorstellen van Vrij

De NJV-vergadering vond plaats op 27 en 28 juni 1930 in Den Bosch en werd voorgezeten door Besier. Op 28 juni werden de strafrechtelijke preadviezen van Wijnveldt en Vrij besproken over de vraag of het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het Wetboek zou moeten worden opgenomen. Beiden stelden voor om een bepaling in de wet op te nemen waaruit zou blijken dat bij afwezigheid van alle schuld de dader niet strafbaar is. Anders dan Vrij hield Wijnveldt het vrij algemeen; hij stelde alleen voor een bepaling op te nemen in de geest van: ‘Niet strafbaar is hij, die een feit begaat, wanneer zijne schuld daaraan niet blijkt’.⁸⁰⁵ De door Vrij voorgestelde artt. 43a en 43b gingen een stap verder en maakten het voorstel veel concreter, waardoor het debat zich tijdens de NJV-vergadering voornamelijk op Vrij’s voorstellen concentreerde.

Bij de behandeling van de strafrechtelijke preadviezen kreeg Pompe als eerste het woord. Hij stelde vast dat hij in de ‘gelukkige positie’ verkeerde dat hij het met geen van beide preadviezers eens was:

⁸⁰¹ Vrij 1930, p. 35, 70.

⁸⁰² Vrij 1930, p. 73.

⁸⁰³ Vrij 1930, p. 73.

⁸⁰⁴ Vrij 1930, p. 75-76.

⁸⁰⁵ Wijnveldt 1930, p. 57.

‘Ik acht het onnodig, dat in het Wetboek van Strafrecht een algemeen beginsel wordt opgenomen waarbij de strafbaarheid wordt uitgesloten bij gebreke van schuld. (...) De opneming ervan op een der wijzen, door de preadviseurs daarvoor aangegeven, lijkt mij gevaarlijk, hoofdzakelijk om deze reden, dat, als men een dergelijk beginsel opneemt en vraagt welke de schuld is, bij gebreke waarvan de strafbaarheid moet verdwijnen, bij beide preadviseurs daarop een m.i. scherp en duidelijk antwoord ontbreekt.’⁸⁰⁶

Ook Wijnveldt concludeerde dat het opnemen van een bepaling over avas wenselijk was, maar de door Pompe geformuleerde bezwaren richtten zich in de eerste plaats tegen de door Vrij voorgestelde wetsbepalingen. Het eerste kritiekpunt van Pompe was de wetenschappelijke terminologie van art. 43a, omdat het gebruik van dogmatische begrippen de wetsbepaling onbegrijpelijk zou maken voor de rechter:

‘[I]n art. 43a worden nog allerlei andere begrippen geïntroduceerd, die aan ons, mensen van de theorie, niet onbekend zijn, maar die onbekend zijn aan den wetgever en aan den rechter, den uitlegger en toepasser van de wet.’⁸⁰⁷

In dat licht had hij zijn bedenkingen bij het opnemen van het woord ‘gedraging’ in art. 43a, omdat er over de vraag wat gedragingen zijn ‘allerlei moeilijkheden kunnen rijzen’. Hij dacht bijvoorbeeld aan de situatie waarin iemand flessen gedestilleerd in zijn kelder heeft liggen die niet veraccijnsd waren. Pompe stelde dat het bewaren van iets in een kelder niet kon worden beschouwd als een gedraging. Er was misschien sprake van een strafbare toestand, maar dat was geen gedraging. De verdachte in het voorbeeld van Pompe zou echter geen beroep kunnen doen op art. 43a, omdat voor een geslaagd beroep op dat artikel sprake zou moeten zijn van een gedraging, gezien de bewoordingen van art. 43a.⁸⁰⁸

Daarnaast had Pompe bezwaar tegen het opnemen van ‘schuld’ in art. 43a. Volgens hem mocht een begrip als ‘schuld’, waarvan onvoldoende helder was wat daarmee bedoeld werd, niet in de wet worden opgenomen.⁸⁰⁹ De onduidelijkheid over de strekking van een begrip zou niet worden verhelderd door het begrip in de wet op te nemen, zo stelde hij. Op die manier werd het definitieprobleem doorgeschoven naar de rechter, niet opgelost. Pompe was geen voorstander van die strategie. Hij vond niet dat het bepalen van de strekking van deze en andere onduidelijke termen die Vrij met art. 43a in de wet wilde introduceren aan de rechter kon worden overgelaten:

⁸⁰⁶ NJV 1930, p. 86.

⁸⁰⁷ NJV 1930, p. 89.

⁸⁰⁸ NJV 1930, p. 89.

⁸⁰⁹ De wetgever dacht daar wat betreft schuld als bestanddeel echter anders over, zie eerder in dit hoofdstuk, par. 2.2.3.

‘Gezien de onzekerheid ten aanzien van den term schuld zelf, en gezien de vele moeilijkheden, welke men den rechter op zijn hals gaat schuiven, acht ik aanvulling gevaarlijk.’⁸¹⁰

Pompe lijkt te betogen dat de wetgever pas aan zet is, wanneer duidelijkheid bestaat over de inhoud van het in de wet op te nemen begrip. Bij de formulering van de strafuitsluitingsgrond ‘overmacht’ was de wetgever echter juist van het tegenovergestelde standpunt uitgegaan: daar was gekozen voor een vage, algemene formulering om de rechter niet te hinderen in zijn beoordeling van het geval.⁸¹¹

Als laatste argument bracht Pompe naar voren dat het opnemen van een art. 43a en een art. 43b niets zou toevoegen aan de bestaande situatie:

‘Ons strafrecht is een schuldstrafrecht, met deze eigenaardigheid dat het woord “schuld” in dezen zin nergens wordt genoemd. Ons strafrecht is een strafrecht, waarbij geen strafbaarheid bestaat, tenzij er verwijt is te richten tot den betrekkelijken persoon. Dit is het eigenaardige van ons strafrecht. Het wil alleen strafbaarheid, indien de betrekkelijke persoon de onrechtmatige handeling had kunnen vermijden. Het Wetboek van Strafrecht noemt het woord “schuld” niet, maar dit begrip ligt wel degelijk ten grondslag aan ons strafrecht.’⁸¹²

Volgens Pompe lag de voorwaarde van schuld (verwijt) dus in het strafrecht besloten, ondanks dat dit niet met zoveel woorden uit de wet bleek. Dit leidde hij af uit het systeem van de strafuitsluitingsgronden in het Wetboek (art. 37 en 40 Sr. e.v.). In het Water en melk-arrest las hij een bevestiging van zijn standpunt door de Hoge Raad:

‘De schuld, welke in de wet niet wordt genoemd, heeft haar fundament wel in het strafrecht (art. 37 en artt. 40 en volgende). (...) In 1916 werd door den Hoogen Raad gezegd (...): er is geen schuld, dus moet er ook geen straf zijn op grond van den regel: geen straf zonder schuld.’⁸¹³

Pompe verwachtte dat de Hoge Raad zijn opvatting dat het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ onderdeel van het strafrecht was, op (korte) termijn expliciet zou bevestigen. De toegevoegde waarde van een dergelijke uitspraak van de Hoge Raad zou zijn dat het probleem van de onduidelijkheid over de positie van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het strafrecht zou worden opgelost. Het in het Wetboek

⁸¹⁰ NJV 1930, p. 92.

⁸¹¹ Zie hiervoor, par. 2.2.5.

⁸¹² NJV 1930, p. 92.

⁸¹³ NJV 1930, p. 93-94.

opnemen van bepalingen zoals het voorgestelde art. 43a en 43b was volgens hem dan niet meer nodig:

‘Dan zal er geen reden meer zijn om gevaarlijke en onduidelijke bepalingen in de wet op te nemen. Wij kunnen rustig afwachten, totdat de zaak geregeld is in de rechtspraak. Het is besloten in ons wetboek en niet alles behoeft expliciet in de wet te staan.’⁸¹⁴

De verantwoordelijkheid voor het effectueren van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ werd door Pompe dus niet bij de wetgever gelegd, maar bij de Hoge Raad. Voor de geldigheid van het beginsel was het volgens hem niet nodig dat een beginsel met zoveel woorden in de strafwet werd uitgedrukt. Het was vooral een kwestie van rustig afwachten tot onduidelijke begrippen uitgekristalliseerd zouden zijn en de Hoge Raad een helder standpunt zou hebben geformuleerd over de plaats van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het strafrecht en de gevolgen daarvan voor de strafbaarheid van overtredingen. Dogmatisch lijkt Pompe in dat opzicht dichter bij Simons te staan, die zijn leermeester en voorganger was, dan bij Vrij die een tijdgenoot was.⁸¹⁵

Aan het eind van de vergadering kreeg Vrij de gelegenheid te reageren op wat tijdens de vergadering was gezegd. Deze gelegenheid greep hij aan om, onder andere, nogmaals te benadrukken dat het rechtsbewustzijn schuld vraagt, ook als voorwaarde voor de strafbaarheid van overtredingen. Dit kon volgens hem niet worden toegeschreven aan het principe ‘geen straf zonder schuld’ omdat dit niet (altijd) aan het strafrecht en mogelijk ook niet aan het Wetboek van Strafrecht ten grondslag had gelegen:

‘Wanneer de heer Pompe zegt: wij hebben het bij misdrijven altijd zoo gekend, dan zeg ik: een algemeen beginsel van ons strafrecht kunt gij dit niet noemen, vóór gij bij een categorie van delicten, de grootste nog wel, de overtredingen, hebt aangetoond, dat het daar ook geldt. (...) Gij kunt alleen tot de overtredingen gaan, en eerbiedig uw oor daar te luisteren leggen en zien, of ons rechtsbewustzijn daar ook schuld wenscht of niet. (...) Maar als de heer Pompe voorts meent dat ook uit art. 37 betreffende de toerekeningsvatbaarheid en de artt. 40 en volgende betreffende de rechtvaardigingsgronden zou voortvloeien, dat ons strafrecht is een schuldstrafrecht, dan vraag ik: spreken wij hier nu wel over het begrip “schuld” dat in de vraag staat? Het zou kunnen

⁸¹⁴ NJV 1930, p. 96.

⁸¹⁵ Pompe promoveerde in 1921 cum laude in Utrecht bij Simons op het proefschrift ‘Beveiligingsmaatregelen naast straffen’. In 1928 volgde hij Simons op als hoogleraar strafrecht in Utrecht. Zie Kelk 1987, p. 345.

dat ons strafrecht ten aanzien van de toerekeningsvatbaarheid aanwezig is (...) en dat ons strafrecht ook ten aanzien van de rechtvaardigingsgronden eenwezig zou zijn, en dat ons strafrecht toch ten aanzien van opzet en culpa zou uiteengaan in een deel misdrijven, waar opzet en culpa vereischt zijn, en een deel overtredingen, waar deze niet vereischt zouden zijn. Men kan niet uit de artt. 37 en 40 en volgende als algemeene stelling afleiden, dat ook bij overtredingen het vereiste van opzet en culpa zou moeten gelden.⁸¹⁶

Vrij benadrukte dus nogmaals dat niet alle strafbare feiten gelijk waren en dat het verschil tussen misdrijven en overtredingen, door de wetgever gemaakt, in de weg stond aan het gelijkstellen van misdrijven en overtredingen voor wat betreft de schuld.⁸¹⁷ Niet alleen was door de wetgever gesteld dat er verschil was, ook was daar een verschil in schuldregime aan verbonden.⁸¹⁸ Door de nadruk die hij legt op het systeem van de wet en het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen, doet Vrij's benadering van de strafwet enigszins denken aan de wijze waarop Besier naar de strafwet keek. Beiden waren van mening dat het beginsel 'geen straf zonder schuld' niet in de strafwet besloten lag.

Uit de stemming over de vraagpunten aan het einde van de vergadering bleek dat de voorstellen van Vrij door de meerderheid van de aanwezige juristen werden gesteund. Het eerste vraagpunt 'Behoort in het Wetboek van Strafrecht een algemeen beginsel te worden opgenomen, waarbij de strafbaarheid wordt uitgesloten bij gebreke van schuld?' werd zonder hoofdelijke stemming door de meerderheid bevestigend beantwoord.⁸¹⁹ Aangezien over de tweede vraag niet was gesproken, ging men verder met de derde vraag, luidende:

'Moet in het Wetboek

a- Aanwezigheid van eenige schuld ten aanzien van de bestanddelen van het feit worden gesteld als algemeen vereischte voor de strafbaarheid?

Of b- Het niet blijken van eenige schuld ten aanzien van een bestanddeel van het feit worden opgenomen als een grond voor niet-strafbaarheid?

Of c- Afwezigheid van alle schuld ten aanzien van een bestanddeel van het feit worden opgenomen als een grond voor niet-strafbaarheid?⁸²⁰

⁸¹⁶ NJV 1930, p. 152-153.

⁸¹⁷ Vgl. Vellinga 1982, p.32 e.v.

⁸¹⁸ Vrij 1930, p. 22-25 e.v. Vgl ook Simons 1885, p. 30-311.

⁸¹⁹ NJV 1930, p. 160.

⁸²⁰ NJV 1930, p. 163.

Terwijl vraag 3a en 3b ontkennend werden beantwoord, werd vraag 3c met algemene stemmen bevestigend beantwoord. Met betrekking tot de vierde vraag, die net zo was opgezet als de derde vraag, maar nu betrekking had op de rechtsdwaling, luidde 4c:⁸²¹

‘Moet voor het geval dat de dader de ongeoorloofdheid van het feit niet beseft heeft, in het Wetboek afwezigheid van alle schuld te dezen aanzien worden opgenomen als een grond voor niet strafbaarheid?’

Ook deze laatste vraag werd met algemene stemmen bevestigend beantwoord.

5. Verdere ontwikkeling

5.1. In de literatuur

De brede steun in de NJV-vergadering voor de door Vrij voorgestelde artt. 43a en 43b, leidde niet tot het opnemen van de voorgestelde artikelen in de strafwet. Desondanks hebben de voorstellen van Vrij in de praktijk hun sporen nagelaten. Vellinga constateerde dat in de rechtspraktijk een situatie is ontstaan die in overeenstemming is met wat Vrij met zijn voorstellen voor ogen had.⁸²² Ook constateerde Vellinga dat na de uitdrukkelijke verdediging van het door de Hoge Raad gekozen systeem door Vrij, in de Nederlandse literatuur de vraag of dat stelsel het juiste was, als afgedaan werd beschouwd.⁸²³

Vijf jaar na de NJV-vergadering verscheen de eerste editie van het ‘Handboek van het Nederlandsche strafrecht’ van Pompe. De verschillende argumenten die in het debat over de plaats van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ naar voren zijn gekomen, combineerde hij tot een dogmatisch sluitende verklaring voor de uitkomst van het Water en melk-arrest in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van het wetboek en het wettelijk systeem. Uiteindelijk voegde hij in de vierde druk (1953) van zijn handboek zelfs naast de wet het rechtsgevoel toe als argument voor het

⁸²¹ Vraag 4a: Moet voor het geval dat de dader de ongeoorloofdheid van het feit niet beseft heeft, in het Wetboek aanwezigheid van eenige schuld te dezen aanzien worden gesteld als voorwaarde voor strafbaarheid? Of 4b: Moet voor het geval dat de dader de ongeoorloofdheid van het feit niet beseft heeft, in het Wetboek het niet blijken van eenige schuld te deze aanzien worden opgenomen als een grond voor niet strafbaarheid? Of 4c: Moet voor het geval dat de dader de ongeoorloofdheid van het feit niet beseft heeft, in het Wetboek afwezigheid van alle schuld te dezen aanzien worden opgenomen als een grond voor niet strafbaarheid?

4a Ontkennend beantwoord, 4b: Op 1 stem na met algemene stemmen ontkennend beantwoord, 4c: door de meerderheid bevestigend beantwoord. NJV 1930, p. 164-165.

⁸²² Vellinga 1982, p. 34-36.

⁸²³ Vellinga 1982, p. 33.

aanvaarden van het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Dit paste bij de wijze waarop de Hoge Raad dat in 1916 formuleerde ten aanzien van het beginsel 'geen straf zonder schuld'. Vrij maakte deze kleine koerswijziging nog net mee: hij overleed in 1955.⁸²⁴

In zijn handboek schreef Pompe verder dat er op basis van het stelsel van strafuitsluitingsgronden geen reden meer was om aan te nemen dat het beginsel 'geen straf zonder schuld' niet op overtredingen toegepast zou kunnen worden:

'Deze regel [het beginsel 'geen straf zonder schuld'] steunt niet slechts op theoretische overwegingen en op het heersende rechtsgevoel, maar kan gekoppeld worden aan de wet. In het bijzonder aan de strafuitsluitingsgronden van artt. 37 en 40, 41 (eerst lid), 42 en 43 (eerste lid) ligt dit beginsel blijkbaar ten grondslag. Het beginsel zal dus voor ons gehele strafrecht gehandhaafd moeten worden, tenzij de wet voor bepaalde gevallen kennelijk anders bepaalt. Overtredingen zijn strafbare feiten, evenals misdrijven. Ook voor overtredingen gelden de voorschriften van het eerste boek van het wetboek, in het bijzonder ook die van artt. 37 en 40 – 43. Er is geen bepaling in de wet te vinden, waaruit men zou moeten afleiden, dat het genoemde hoofdbeginsel [het beginsel 'geen straf zonder schuld'] voor overtredingen buiten werking blijft.'⁸²⁵

De 'hoofdregel' dat het beginsel 'geen straf zonder schuld' van toepassing was, gold ook voor overtredingen, maar dat betekende volgens Pompe niet dat schuld bewezen moest worden voordat van aansprakelijkheid ter zake van een overtreding gesproken kon worden. Hier formuleerde hij een antwoord op het door Vrij naar voren gebrachte bezwaar dat het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen aan het gelijktrekken van de schuldvereisten tussen misdrijven en overtredingen in de weg zou staan:

'Een belangrijk onderscheid bestaat er wel tusschen beide soorten van strafbare feiten. Bij misdrijven wordt – het werd reeds opgemerkt- opzet of onachtzaamheid op enigerlei wijze in de wettelijke omschrijving, dus als een bestanddeel, opgenomen. Bij overtredingen is dit meestal niet het geval. Dit onderscheid, door de wet zelve gemaakt, komt intussen geheel tot zijn recht, indien men bij overtredingen opzet of onachtzaamheid niet als bestanddelen beschouwt, maar de afwezigheid van beide samen als een omstandigheid, welke de strafbaarheid uitsluit. Deze opvatting lost de gehele moeilijkheid op. Enerzijds wordt hierbij het beginsel "geen straf zonder schuld" gehandhaafd,

⁸²⁴ Silvis 1987, p. 351-356.

⁸²⁵ Pompe 1959, p. 151-152. Vgl. Pompe 1935, p. 74-75.

anderzijds wordt er rekening gehouden met het feit, dat de wetgever opzet en onachtzaamheid in de omschrijving der overtredingen niet noemt.⁸²⁶

Uitgaande van het uitzonderingsbeginsel meende hij dat straffeloosheid moest worden aangenomen wanneer bij de dader zowel opzet als schuld ontbrak. Dat dit zou leiden tot het aanvaarden van een nieuwe, buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond was volgens Pompe niet problematisch. De bewoordingen van de MvT boden in zijn ogen voldoende ruimte om de strafuitsluitingsgronden – die ook gelden bij overtredingen – niet als limitatief te hoeven beschouwen:

‘De voorgestelde oplossing wordt bevestigd, als men hier analogie toepast, in die zin, dat men uit artt. 37 en 40-43 “geen straf zonder schuld” abstraheert, en deze regel dan toepast op het – aan de in die artikelen genoemde gevallen analoge – geval, dat bij overtredingen opzet en onachtzaamheid ontbreken. Men verkrijgt dan inderdaad een nieuwe strafuitsluitingsgrond. Ook de Memorie van Toelichting (Smidt III, p. 175) is met deze oplossing in overeenstemming te brengen, indien men slechts de daar gedane verwijzing naar de derde titel van het eerste boek van het wetboek zo opvat, dat de in die titel voorkomende bepalingen voor uitbreiding vatbaar zijn.’⁸²⁷

Pompe volgde Simons op als hoogleraar Strafrecht aan de Universiteit van Utrecht en was niet alleen een tijdgenoot, maar ook een collega van Vrij. Hij stond dus volop in contact met de standpunten die eerder dit hoofdstuk onder de aandacht zijn gebracht. Hij weerlegde de argumenten die eerder in dit hoofdstuk aan de orde zijn gekomen tegen het aanvaarden van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’, maar wees ook het bewijs van schuld als voorwaarde voor de aansprakelijkheid van overtredingen af. Zo kwam hij tot een verwoording van de plaats van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het strafrecht die, zo lijkt het, *communis opinio* is geworden. Met het verwoorden van die (nieuwe) *communis opinio* droeg Pompe bij aan het afsluiten van een jarenlang debat over de plaats en consequenties van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ bij overtredingen dat sinds het ontwerpen van het Wetboek was gevoerd. Dat maakte de weg vrij om na te gaan denken over de inhoud van de schuld.⁸²⁸

⁸²⁶ Pompe 1959, p. 151-152. Vgl. Pompe 1935, p. 74-75.

⁸²⁷ Pompe 1959, p. 151-152.

⁸²⁸ En Pompe deed hiertoe een aanzet, Pompe 1959, p. 144-145; zie ook: Vellinga 1982, p. 43.

5.2. De ontwikkeling van avas als strafuitsluitingsgrond

Dat de wetgever de door Vrij voorgestelde bepalingen, artt. 43a en 43b, niet heeft overgenomen, heeft er niet aan in de weg gestaan dat afwezigheid van alle schuld zich tot een algemeen aanvaarde strafuitsluitingsgrond heeft ontwikkeld. Naast de verschoonbare feitelijke dwaling werd in 1949 in het Motorpapieren-arrest de verschoonbare rechtsdwaling erkend.⁸²⁹ In het Motorpapieren-arrest werd de verdachte vervolgd voor het rijden met een motorvoertuig zonder de benodigde papieren. De verdachte had echter in de veronderstelling verkeerd dat hij wel alle vereiste documenten bij zich had. Hij was met verschillende documenten, 'waaronder een zogenaamd waardebewijs en een relaas van weging', naar de opperwachtmeester was gegaan om te vragen welke documenten hij bij zich diende te hebben om met zijn motorrijtuig te kunnen rijden zonder de wet te overtreden. De opperwachtmeester had hem gewezen op de noodzakelijkheid van de wegenbelastingkaart, maar niets gezegd over een nationaliteitsbewijs. Daardoor verkeerde de verdachte in de veronderstelling dat hij door het meenemen van enkel zijn wegenbelastingkaart 'veilig', dat wil zeggen, zonder de wet te overtreden met zijn motorrijtuig reed. De politierechter ontsloeg de verdachte van alle rechtsvervolging omdat bij hem alle schuld afwezig zou zijn. In hoger beroep en in cassatie stelde het Openbaar Ministerie dat de verdachte geen beroep op afwezigheid van alle schuld toekwam, omdat hij niet specifiek had gevraagd of hij ook een nationaliteitsbewijs bij zich diende te hebben. De Hoge Raad overwoog daarop:

'O. nopens het middel,
dat dit op de stelling berust dat van afwezigheid van alle schuld slechts dan sprake had kunnen zijn, indien gerequireerde advies vragend, zulks had gedaan aldus, dat door hem de vraag was gesteld of een nationaliteitsbewijs of gelijkwaardig document al dan niet vereist was, dan wel was gevraagd onder welke omstandigheden een zodanig document noodzakelijk was;
dat echter de gedachte om hiernaar te vragen niet behoefde op te komen bij een verontschuldigbare onbewustheid van het verboden zijn der handeling, welke onder verscheidene omstandigheden bij gerequireerde kon intreden, en geen grond aanwezig is om aan te nemen dat een dergelijke onbewustheid bij gerequireerde niet aanwezig kan zijn geweest als gevolg van het voormelde gesprek met den opperwachtmeester der Rijkspolitie ten Bos te Losser, waarbij door gerequireerde een aantal bescheiden zijn overgelegd, ook al moge de boven bedoelde vraag toen niet door hem zijn gesteld;'

⁸²⁹ HR 22 november 1949, NJ 1950, 180, m.nt. Röling.

Doordat de verdachte had onderzocht welke documenten hij bij zich moest hebben om met zijn motorrijwiel op de openbare weg te mogen rijden, door dat aan de opperwachtmeester te vragen, kon hem naar het oordeel van de Hoge Raad niet verweten worden dat hij niet specifiek had gevraagd naar het nationaliteitsbewijs. In latere arresten werkte de Hoge Raad verder uit wat de voorwaarden waren voor een geslaagd beroep op rechtsdwaling.

Een andere variant van afwezigheid van alle schuld die door de Hoge Raad werd erkend was de verschoonbare onmacht.⁸³⁰ In het arrest waarin deze vorm van afwezigheid van alle schuld door de Hoge Raad werd erkend, had de verdachte door een plotselinge diabetes-aanval het bewustzijn verloren en daardoor een aanrijding veroorzaakt.⁸³¹ De Hoge Raad accepteerde de redenering van de rechtbank 'dat verd. kon en mocht aannemen, dat het medisch verantwoord was, dat hij een motorrijtuig bestuurde en dat bij verd. alle schuld aan het bewezenverklaarde ontbreekt'.⁸³² Sinds dat arrest wordt naast de verschoonbare dwaling ook de verschoonbare onmacht als een vorm van afwezigheid van alle schuld erkend.⁸³³

Naast de verschoonbare feitelijke dwaling, de verschoonbare rechtsdwaling en de verschoonbare onmacht, erkende de Hoge Raad in 1993 ook de maximaal te vergen zorg als een vorm van afwezigheid van alle schuld. Centraal in deze zaak stond de vraag of de verdachte een verwijt kon worden gemaakt van het te hoge gehalte aan aflatoxine dat was aangetroffen in een partij pinda's van de verdachte.⁸³⁴ De verdachte, een BV, hield toezicht op de kwaliteit van zijn pinda's door middel van een keuringssysteem dat nagenoeg gelijkwaardig was aan dat van de Rijkskeuringsdienst van Waren. Desondanks werd in een steekproef van de Rijkskeuringsdienst van

⁸³⁰ Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 183; De Hullu 2012, p. 358.

⁸³¹ HR 24 nov 1964, NJ 1965, 142, m.nt. Pompe, de verdachte werd vervolgd op grond van art. 25 WVV (vergelijkbaar met het huidige art. 5 WVV'94). Zie ook HR 16 november 1965, NJ 1966, 404, m.nt. Enschedé.

⁸³² HR 24 nov 1964, NJ 1965, 142, m.nt. Pompe.

⁸³³ De Hullu 2012, p. 358

⁸³⁴ HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476, LJN AB7899. In de sfeer van het verkeersrecht werd in 1975 ook al eens een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens maximaal te vergen zorg gedaan, maar dat verweer werd afgewezen. In dat arrest, bekend als het arrest over de Rijperkerkse Melkrijder, was de verdachte met een tractor met twee aanhangers een voorrangsweg opgereden zonder daarbij voorrang te verlenen aan een motorfiets die al op de voorrangsweg reed. In het cassatiemiddel werd gesteld dat het Hof had moeten aangeven welke maatregelen de verdachte dan wel had moeten nemen om het gevaar, dat een gevolg was van de plaatselijke situatie en de weersomstandigheden, verder te beperken. HR 4 november 1975, NJ 1976, 84, m.nt. Van Veen; zie ook het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak: HR 19 november 1974, NJ 1975, 118, m.nt. Van Veen.

Waren toch een te hoog gehalte aan aflatoxine aangetroffen.⁸³⁵ De verdachte beriep zich op haar zorgvuldige keuringssysteem en betoogde dat bij haar alle schuld ontbrak. De politierechter overwoog dat de verdachte geen beroep op afwezigheid van alle schuld kon doen en besloot tot toepassing van art. 9a Sr vanwege de grote zorgvuldigheid die door de verdachte was betracht:

‘De rechter is van oordeel, dat handelaren zich in de positie bevinden, dat zij grondnoten onder het bereik van consumenten helpen brengen in de wetenschap, dat welke zorgvuldigheid ook aan hen nooit een waterdichte garantie kan bieden voor een zuiver produkt (...). Wie zich in een dergelijk probleemgebied begeeft, kan nooit een beroep doen op afwezigheid van alle schuld, tenzij hem om beleidsredenen die mogelijkheid uitdrukkelijk gegeven wordt. De verdachte vennootschap heeft ter voorkoming van de aanwezigheid van een verboden hoeveelheid aflatoxine B1 voorzorgsmaatregelen genomen en heeft dusdoende gedaan wat op dat moment mocht worden verlangd. (...) Desalniettemin is het risico dat een latere steekproef van de Rijkskeuringsdienst van Waren een ander en minder gunstig resultaat oplevert voorzienbaar geweest en dus als bewust risico genomen. (...) Ten aanzien van de strafoplegging is er echter alle reden om de maximale zorgvuldigheid te doen resulteren in een maximale matiging ten aanzien van de straftoemeting, hetgeen leidt tot het toepassen van het rechterlijk pardon als bedoeld in art. 9a Sr.’⁸³⁶

De Hoge Raad zag het anders dan de politierechter en overwoog:

‘[D]at de economische politierechter heeft vastgesteld — van welke vaststelling in cassatie moet worden uitgegaan — dat de verdachte de maximale van haar te vergen zorg heeft betracht ter voorkoming van een hoger dan wettelijk toelaatbaar gehalte aan aflatoxine B1 in de door haar verhandelde pinda’s. Hieruit volgt dat haar van het te dezen vastgestelde te hoge aflatoxinegehalte redelijkerwijze geen verwijt kan worden gemaakt. Mitsdien had de economische politierechter — in stede van de verdachte strafbaar te verklaren op grond van de overweging dat zij nooit een beroep kan doen op afwezigheid van alle schuld en haar derhalve ook bij inachtneming van maximale zorgvuldigheid te belasten met het risico van een te hoog aflatoxinegehalte — de verdachte moeten ontslaan van alle rechtsvervolgning wegens afwezigheid van alle schuld.’⁸³⁷

⁸³⁵ Eén door aflatoxine aangetaste noot op 15000 pinda’s was al voldoende om tot het verboden resultaat te komen, HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476.

⁸³⁶ HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476, LJN AB7899.

⁸³⁷ HR 2 februari 1993, NJ 1993, 476, LJN AB7899.

De Warenwet beperkte het aantal te voeren verweren niet expliciet en dwong de rechter dus niet tot een veroordeling. Nu bij de verdachte alle schuld ontbrak, meende de Hoge Raad dat daaraan de consequentie moest worden verbonden dat deze verdachte moest worden ontslagen van alle rechtsvervolgning.

6. Samenvatting en afsluitende opmerkingen

In dit hoofdstuk zijn de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht en de consequenties van de invoering van het wetboek voor de realisatie van het schuldbeginsel besproken. Allereerst werd stilgestaan bij de keuze van de wetgever om de strafbare feiten niet in drie categorieën in te delen, zoals in de Code pénal 1810, maar in twee: de misdrijven en de overtredingen. Bij de misdrijven nam de wetgever steeds opzet of schuld als bestanddeel in de delictsomschrijving op, bij de overtredingen werden de termen opzet en schuld juist vermeden. De minimale gevangenisstraf werd verlaagd naar één dag en gold voor alle misdrijven. Daarnaast kwamen er algemene strafuitsluitingsgronden die de rechter een ruime beoordelingsmarge lieten; de formulering van art. 40 Sr is daarvan een goed voorbeeld. Deze algemene strafuitsluitingsgronden waren van toepassing op alle strafbare feiten, dus ook op de overtredingen. In vergelijking met de situatie van vóór de invoering van het Wetboek van Strafrecht, werd het schuldbeginsel nu in ruimere mate binnen het kader van het Wetboek gerealiseerd. Bij de misdrijven verliep die realisatie in de eerste plaats via de bestanddelen opzet en schuld. Daarnaast werd de rechter bij alle strafbare feiten beoordelingsruimte en flexibiliteit geboden door de algemene strafuitsluitingsgronden en de uniforme minimumstraf van één dag gevangenisstraf.

Toch werd er al snel kritiek geuit op de wijze waarop in de rechtspraak werd omgegaan met de aansprakelijkheid voor overtredingen, waar strafbaarheid op basis van de leer van het materiële feit werd aangenomen. Uit het proefschrift van Van der Vliet en het artikel van Simons over het schuldvereiste bij overtredingen bleek hoe sterk deze auteurs zich verzetten tegen de leer van het materiële feit. Als alternatief pleitte Simons heel nadrukkelijk voor het bewijs van schuld, ook bij overtredingen.

Naar aanleiding van het Water en melk arrest schreef Simons dat de victorie was begonnen. Na 1916 bleek echter dat de jurisprudentie van de Hoge Raad niet aansloot bij de wijze waarop hij en andere auteurs het schuldvereiste bij overtredingen vorm wilden geven. Doordat geen van deze visies paste bij de praktijk die volgde uit de arresten die de Hoge Raad na 1916 wees, moest de plaats van schuld bij overtredingen opnieuw worden overwogen. Een belangrijke rol in dat proces speelde het preadvies van Vrij. Zijn systematische aanpak van het thema ‘geen straf zonder schuld’ bracht de ontwikkeling van de Franse tijd tot 1930 in beeld. Vrij onderzocht vervolgens

welke schuld bij overtredingen geëist diende te worden en hoe dit schuldvereiste het best kon worden ingepast in het wettelijk systeem en de gangbare structuur van het strafbare feit. Hij onderbouwde dat het beginsel 'geen straf zonder schuld' bij overtredingen het beste via het uitzonderingsbeginsel kon worden gerealiseerd en verdedigde daarmee *en passant* ook het stelsel zoals dat door de Hoge Raad in de praktijk was aanvaard. Ten behoeve van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid stelde hij voor om het schuldbeginsel in de strafwet op te nemen. In de vorm van de concept-artt. 43a en 43b gaf hij handen en voeten aan zijn visie. Tijdens de NJV-vergadering werd uitgebreid gesproken over de voorgestelde wetsbepalingen, maar tot een wetswijziging leidde dat niet.

Enkele jaren later gaf Pompe in zijn handboek een overzicht van de verschillende standpunten over het schuldvereiste bij overtredingen. Hij begon bij de wetsgeschiedenis en eindigde na het preadvies van Vrij en beschreef dus dezelfde periode als in dit hoofdstuk centraal stond. In zijn handboek verwoordde hij de ontstane *communis opinio* over de dogmatische plaats van avas.

De strafuitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' kreeg in de loop van de twintigste eeuw in de rechtspraak een steeds ruimer bereik. Ook kwam er meer helderheid over de eisen die de rechter stelde aan het aanvaarden van een beroep op afwezigheid van alle schuld. Niet alleen in de rechtspraak, ook in de literatuur werd de ontwikkeling van de strafuitsluitingsgrond avas breed gedragen. Het schuldbeginsel werd steeds meer beschouwd als een vanzelfsprekend onderdeel van de voorwaarden voor aansprakelijkheid bij elk strafbaar feit.

De ruime strekking en brede aanvaarding van de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld roept de vraag op of uitzonderingen op de algemene, brede toepasselijkheid van avas mogelijk zijn, bijvoorbeeld in de vorm van een beperking van de mogelijkheden om een beroep te doen op avas of zelfs in de vorm van het uitsluiten van een beroep op avas. In het Water en melk-arrest overwoog de Hoge Raad dat het mogelijk was dat de wetgever een (geslaagd) beroep op avas in de wet uitdrukkelijk uit zou sluiten. Ook Vrij lijkt de mogelijkheid open te houden dat in bepaalde gevallen een beroep op avas uitgesloten zou kunnen worden. In zijn preadvies ontwikkelde hij de stelling dat straffeloosheid bij het ontbreken van alle schuld niet voortkomt uit een beginsel van strafrecht, maar gebaseerd is op het rechtsgevoel. Als straffeloosheid bij het ontbreken van schuld gebaseerd is op het rechtsgevoel, ligt het in de rede dat strafbaarheid kan worden aangenomen als dat ook bij het ontbreken van schuld met het rechtsgevoel te verenigen is. Het gebruik van presumpties zag Vrij niet als een inbreuk op enig beginsel, maar als een geoorloofd middel om op een efficiënte wijze onderscheid te kunnen maken tussen het standaard geval en een afwijkend geval.

Terwijl sinds 1916 in Nederland een ruime opvatting van het schuldbeginself steeds meer gangbaar werd, is daarmee niet gezegd dat een beperking van de werking van dat beginsel, bijvoorbeeld door het beperken van de reikwijdte van de strafuitsluitingsgronden, in bepaalde gevallen niet mogelijk zou zijn. Niet ondenkbaar is dat op basis van het rechtsgevoel op bepaalde terreinen een beroep op avas door middel van presumpties beperkt of uitgesloten zou kunnen worden. Eén zo'n terrein is het verkeersrecht waar de kentekenhouder soms aansprakelijk is, ook al is niet vastgesteld dat door hem een strafbare gedraging is begaan. Vanwege deze typische eigenschap van de kentekenaansprakelijkheid wordt in het volgende hoofdstuk de ontwikkeling van die aansprakelijkheid onderzocht.

HOOFDSTUK 6

De verwijtbare gedraging van de kentekenhouder. Totstandkoming en ontwikkeling van de kentekenaansprakelijkheid.

1. Inleiding

Sinds het begin van de twintigste eeuw is het verkeer explosief toegenomen, net als het aantal verkeersvoorschriften en het aantal verkeersovertredingen. Kenmerkend voor veel verkeersovertredingen is dat de overtreding wordt geconstateerd zonder dat bekend is wie de auto bestuurde en dus de overtreding heeft begaan. Het kenteken is dan het enige aanknopingspunt voor het opsporen van de overtreder. Aan de hand van dat kenteken kan echter niet met zekerheid worden vastgesteld wie de overtreding heeft begaan, zeker als de kentekenhouder niet meewerkt aan de vervolging. Hierdoor spelen bij de handhaving van verkeersvoorschriften vragen zoals: kan van de kentekenhouder worden geëist dat hij de identiteit van de bestuurder bekend maakt? Kan dat worden geëist als hijzelf of een familielid de bestuurder was? Of kan hij zich dan beroepen op zijn zwijgrecht?

Vanuit het schuldbeginnsel gedacht zou de boete alleen mogen worden opgelegd aan degene die op het moment van de overtreding de bestuurder was en dus de overtreding heeft begaan. Als de kentekenhouder bevestigt noch ontkent zelf de bestuurder te zijn geweest en strak zou worden vastgehouden aan een uit het schuldbeginnsel afgeleide eis dat moet worden vastgesteld wie de overtreding daadwerkelijk heeft begaan alvorens de boete kan worden opgelegd, zou dit ertoe leiden dat veel verkeersovertredingen niet bestraft zouden kunnen worden. Het maatschappelijk belang dat de verkeersvoorschriften dienen verzet zich daar tegen.

Kentekenaansprakelijkheid betreft een aansprakelijkheidsconstructie waarbij de kentekenhouder in beginsel aansprakelijk wordt gehouden voor overtredingen

begaan met het motorrijtuig dat op zijn naam geregistreerd staat. De vormgeving van deze aansprakelijkheidsconstructie wordt bepaald door een belangenafweging tussen de eisen voortvloeiend uit het schuldbeginsel enerzijds en het belang van een efficiënte handhaving van verkeersregels anderzijds. Bij die vormgeving is eigenlijk sprake van een aansprakelijkheidsdilemma: meer van het een is minder van het ander en geen van beide belangen dient meer te worden beperkt of geschaad dan nodig.

Een vorm van de kentekenaansprakelijkheid werd voor het eerst geïntroduceerd in de Motor- en Rijwielwet van 1905. De wetsgeschiedenis van deze eerste kentekenaansprakelijkheid wordt in paragraaf 2 geschetst. De opsporing op basis van beperkte informatie over de precieze omstandigheden van de overtreding was ook in 1930 al problematisch, zo zal blijken uit het Dordrechtsche Autobusdienst-arrest dat besproken wordt in paragraaf 3. De discussie tussen Vrij en Pompe tijdens de NJV-vergadering van 1930 die aan het eind van het vorige hoofdstuk werd besproken, kreeg een concreet vervolg in de ontvangst van het arrest over de Dordrechtsche Autobusdienst.⁸³⁸

In art. 40 WVV zoals dat na de Tweede Wereldoorlog in werking trad, werd de kentekenhouder aansprakelijk gesteld voor de boete die naar aanleiding van de verkeersovertreding werd opgelegd. Al snel rezen er vragen met betrekking tot de grondslag van deze aansprakelijkheid van de kentekenhouder en de ruimte voor een beroep op avas. Het verloop van het debat over art. 40 WVV en de verdere ontwikkeling van art. 40 WVV vormen het onderwerp van paragraaf 4.

Eind jaren '80 werd de handhaving van het merendeel van de eenvoudige verkeersovertredingen overgeheveld naar het administratieve recht door de invoering van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv). De achtergrond en totstandkomingsgeschiedenis van die wet worden besproken in paragraaf 5. In paragraaf 6 kom ik terug op het thema van dit hoofdstuk: hoe de aansprakelijkheid op kenteken leidde tot een botsing tussen de ruime opvatting van het schuldbeginsel enerzijds en het maatschappelijk belang bij de handhaving van verkeersvoorschriften anderzijds.

2. Oorsprong kentekenaansprakelijkheid

2.1. Inleiding

De aansprakelijkheid van de eigenaar of houder voor strafbare feiten begaan met een op zijn naam geregistreerd motorrijtuig is bijna net zo oud als de deelname van

⁸³⁸ Een eerdere versie van dit hoofdstuk en dan met name par. 2 en 3, is verschenen als bijdrage aan E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 107-130 met als titel: 'De verwijtbare gedraging van de kentekenhouder. Ontwikkeling en totstandkoming van de kentekenaansprakelijkheid in de periode 1900-1940'.

motorrijtuigen aan het verkeer zelf. In februari 1903 werd bij de Tweede Kamer het ontwerp voor de Motor- en Rijwielwet (MRW) ingediend. De wet die daar het gevolg van was, trad in 1905 in werking. De MRW 1905 definieerde motorrijtuigen als ‘alle rij- of voertuigen, bestemd om uitsluitend of mede door eene mechanische kracht, op of aan het rij- of voertuig zelf aanwezig, anders dan langs spoorstaven te worden voortbewogen’ (art. 1 sub 1 MRW 1905).⁸³⁹ De huidige Wegenverkeerswet (WVW ‘94) hanteert in wezen nog dezelfde definitie, zo blijkt uit art. 1 lid 1 sub c WVW ‘94.⁸⁴⁰

Evenals nu de WVW ‘94 bevatte de MRW 1905 een bepaling die betrekking had op de aansprakelijkheid van de eigenaar of houder van het motorrijtuig.⁸⁴¹ Art. 9 MRW 1905 verbood het rijden met een motorrijtuig over de weg, tenzij het motorrijtuig was voorzien van een nummerplaat en bijbehorend nummerbewijs en de bestuurder in het bezit was van een geldig rijbewijs. Naast de bestuurder was de eigenaar of houder van het motorvoertuig voor overtreding van dit artikel aansprakelijk, voorzover deze deed of liet rijden (bijvoorbeeld door een chauffeur) met een motorrijtuig zonder een behoorlijk zichtbare nummerplaat of met een nummerplaat waarvoor geen officieel nummerbewijs was afgegeven.

2.2. Totstandkoming kentekenaansprakelijkheid MRW

De eerste ‘kentekenaansprakelijkheid’ waarbij de eigenaar aansprakelijk werd gesteld voor strafbare feiten begaan met zijn motorrijtuig, werd voorgesteld in 1917.⁸⁴²

⁸³⁹ Wet van 10 februari 1905, Stb. 69.

⁸⁴⁰ Wet van 21 april 1994, Stb. 475. Artikel 1 lid 1 sub c WVW ‘94 luidt: ‘motorrijtuigen: alle voertuigen, bestemd om anders dan langs spoorstaven te worden voortbewogen uitsluitend of mede door een mechanische kracht, op of aan het voertuig zelf aanwezig dan wel door elektrische tractie met stroomtoevoer van elders, met uitzondering van fietsen met trapondersteuning (...)’.

⁸⁴¹ Op basis van de MRW waren eigenaar en houder op gelijke wijze aansprakelijk voor overtredingen begaan met het motorrijtuig. Het verschil tussen de eigenaar en de houder is voor de aansprakelijkheid voor overtredingen dan ook van weinig belang. Wanneer in het vervolg over de eigenaar wordt gesproken, wordt daaronder ook de houder begrepen. Waar in dit hoofdstuk – kortheidshalve – wordt gerefereerd aan de “kentekenaansprakelijkheid” in relatie tot de MRW is het eigenlijk juist te spreken van de aansprakelijkheid van de eigenaar voor met zijn motorrijtuig begane overtredingen.

⁸⁴² Het systeem van de MRW 1905 maakte geen onderscheid tussen de aansprakelijkheid voor misdrijven of overtredingen. De MRW zoals die na 1924 gold, kende dit onderscheid wel. De kentekenaansprakelijkheid zoals die in deze bijdrage wordt besproken was dus – anders dan tegenwoordig – van toepassing op zowel verkeersovertredingen als –misdrijven. Een groot verschil met de huidige regeling is de strafmaat. In 1924 was de maximaal op te leggen straf voor een verkeersmisdrijf blijkens artikel 29 MRW drie maanden gevangenisstraf of een geldboete van maximaal driehonderd gulden (ongeveer 136 euro).

Het wetsontwerp tot wijziging van de MRW bevatte een aansprakelijkheid van de eigenaar van het motorrijtuig, art. 15bis.⁸⁴³ Art. 15bis luidde in dit wetsontwerp:

‘Art. 15bis

1. Voorzoover bij deze wet of den in artikel 2 bedoelden algemeenen maatregel van bestuur de eigenaar of houder van een motorrijtuig niet reeds naast den bestuurder voor overtreding van de daarin vervatte strafbepalingen aansprakelijk is gesteld, zal die eigenaar of houder op gelijke wijze aansprakelijk zijn voor de door den bestuurder van een motorrijtuig gepleegde overtreding van de tegen deze als zoodanig gerichte strafbepalingen, vervat in die wet en dien algemeenen maatregel van bestuur, tenzij bekend is, wie die bestuurder is, of wel deze op de eerste aanmaning van den betrokken ambtenaar van het Openbaar Ministerie binnen een daarbij te stellen termijn door den eigenaar of houder is bekend gemaakt.
2. Het bepaalde bij het eerste lid geldt niet, indien door den eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk wordt gemaakt, dat van dat rijtuig tegen zijn wil is gebruik gemaakt en verder, dat hij dit gebruik niet heeft kunnen beletten.
3. Indien de eigenaar of houder van een motorrijtuig is eene naamlooze vennootschap, wederkeerige verzekerings- of waarborgmaatschappij, coöperatieve of andere rechtspersoonlijkheid bezittende vereeniging of stichting worden voor de toepassing van dit artikel de leden van het bestuur als eigenaren of houders van het motorrijtuig aangemerkt.’

Blijkens de Memorie van Toelichting werd invoering van dit artikel noodzakelijk geacht omdat overtredingen vaak niet bestraft konden worden omdat het

‘herhaaldelijk voor [komt] dat overtredingen van de Motor- en Rijwielwet of het Motor- en Rijwielreglement door den bestuurder onvervolgd moeten blijven, aangezien niet is kunnen worden vastgesteld, wie op het oogenblik der overtreding bestuurder was’.⁸⁴⁴

Dat was voor de wetgever reden om in het voorgestelde artikel de aansprakelijkheid in sommige gevallen niet bij de bestuurder, maar bij de eigenaar te leggen.⁸⁴⁵

⁸⁴³ Wetsvoorstel tot wijziging van de Motor- en Rijwielwet, *Kamerstukken II* 1917/18, 273, nr. 2.

⁸⁴⁴ *Kamerstukken II* 1917/18, 273, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

⁸⁴⁵ *Kamerstukken II*, 1917/18, 273, nr. 3, p. 6 (MvT).

Het wetsontwerp werd niet verder in behandeling genomen tot het in 1924 werd herzien en uitgebreid.⁸⁴⁶ Art. 15bis lid 1 en 2 werden daarbij vernummerd tot art. 32; het derde lid van art. 15bis werd een zelfstandige bepaling:

‘Art. 32 MRW

Voorzoover bij deze wet of den in artikel 2 bedoelden algemeenen maatregel van bestuur de eigenaar of houder van een motorrijtuig niet reeds naast den bestuurder voor overtreding van de daarin vervatte strafbepalingen aansprakelijk is gesteld, zal die eigenaar of houder op gelijke wijze aansprakelijk zijn voor de door den bestuurder van een motorrijtuig gepleegde overtreding van de tegen deze als zoodanig gerichte strafbepalingen, vervat in die wet en dien algemeenen maatregel van bestuur, tenzij bekend is, wie die bestuurder is, of wel deze op de eerste aanmaning van den betrokken ambtenaar van het Openbaar Ministerie binnen een daarbij te stellen termijn door den eigenaar of houder is bekend gemaakt.

Het bepaalde bij het eerste lid geldt niet, indien door den eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk wordt gemaakt, dat van het rijtuig tegen zijn wil gebruik is gemaakt en dat hij dit gebruik niet heeft kunnen beletten.⁸⁴⁷

De toelichting op de Wijzigingsnota vermeldde dat de wijzigingen in art. 32 ten opzichte van art. 15bis alleen van ondergeschikte aard waren.

‘Artikel 32 nieuw stemt behoudens enkele wijzigingen van ondergeschikt belang overeen met het eerste en tweede lid van artikel 15bis. (...) De wijzigingen, welke zijn aangebracht, geven, naar het voorkomt, duidelijker en beter de strekking der bepaling weer.’⁸⁴⁸

De hiervoor aangehaalde motivering voor het invoeren van een aansprakelijkheid van de eigenaar en kentekenhouder via het voorgestelde art. 15bis, gold dus ook voor art. 32.

Enkele leden van de Commissie van Rapporteurs bleken niet gelukkig met de uitbreiding van de aansprakelijkheid in het voorgestelde eerste lid van artikel 32 MRW. In hun verslag schreven zij dat de voorgestelde aansprakelijkheid ‘strafrechtelijk moeilijk te verdedigen’ was, omdat de eigenaar aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor een overtreding die hij niet heeft begaan.

‘Immers, de eigenaar of houder van een motorrijtuig kan dientengevolge worden veroordeeld wegens een strafbaar feit zonder dat van eenig opzet

⁸⁴⁶ *Kamerstukken II 1922/23*, 97, nr. 1, p. 5 (NvW).

⁸⁴⁷ *Kamerstukken II 1922/23*, 97, nr. 1, p. 5 (NvW); het voorgestelde art. 33 op p. 5-6.

⁸⁴⁸ *Kamerstukken II 1922/23*, 97, nr. 1, p. 12 (NvW).

of schuld zijnerzijds is gebleken. Acht men het wenschelijk den eigenaar of houder te verplichten om in bepaalde gevallen den bestuurder bekend te maken, dan behoort een afzonderlijke daartoe strekkende bepaling in de wet te worden opgenomen.⁸⁴⁹

Zij stelden daarom voor om het tweede lid uit te breiden met de woorden 'of dat de bestuurder hem niet bekend is'. Op die manier kon de eigenaar die geen verwijt trof ten aanzien van het niet bekend maken van de bestuurder worden ontzien. De bedenkingen van de Commissie werden door de Minister echter weggewuifd. Volgens hem was het probleem met de oude wet niet dat de eigenaar de bestuurder niet bekend kon maken, maar dat hij deze niet bekend wilde maken. De eigenaar moest maar zorgen dat hij wist wie zijn auto gebruikte, aldus de Minister.

‘[D]at de bij de oude wet gebleken moeilijkheid dat de bestuurder dikwijls niet bekend was en de eigenaar dezen niet bekend maakte, niettegenstaande veelal aangenomen moest worden dat de bestuurder hem niet onbekend was, er toe leidde, dat werd voorgesteld, de aansprakelijkheid uit te breiden. Inderdaad kan het geval zich voordoen, dat de bestuurder den eigenaar niet bekend is, doch uitbreiding van de aansprakelijkheid van den eigenaar eischt, dat deze verantwoordelijk wordt gesteld, indien de bestuurder niet bekend is. De eigenaar moet dan maar zorgen dat hij dit weet of te voren voorzichtiger zijn met het uitlenen of verhuren.’⁸⁵⁰

De kwestie leek daarmee te zijn afgedaan en art. 32 werd zonder verdere discussie tijdens de plenaire behandeling met algemene stemmen aangenomen.⁸⁵¹

2.3. Afsluiting

De reden voor de invoering van art. 32 MRW was pragmatisch, zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting en de Memorie van Antwoord. De Minister wilde gemakkelijker en effectiever kunnen optreden tegen strafbare feiten begaan door bestuurders die onbekend waren gebleven. De (strafrechtelijke) aansprakelijkheid van de eigenaar werd ingezet als pressiemiddel om de eigenaar te bewegen de bestuurder bekend te maken. De Commissie van Rapporteurs bracht daarom naar voren dat, wanneer dit de insteek was, het misschien beter zou zijn het 'niet bekendmaken van de bestuurder' in bepaalde gevallen met zoveel woorden strafbaar te stellen.⁸⁵² De

⁸⁴⁹ *Kamerstukken II* 1922/23, 97, nr. 4, p. 29 (Voorlopig verslag).

⁸⁵⁰ *Kamerstukken II* 1923/24, 52, nr.1 p. 7 (MvA).

⁸⁵¹ *Handelingen II* 1923/24, 52, p. 2137.

⁸⁵² Zie hierover het citaat uit het verslag van de CvR, hiervoor op p. 4 en *Kamerstukken II* 1922/23, 97, nr. 4, p. 29.

minister bevestigde noch ontkende dat hij in art. 32 alleen dit ‘niet bekendmaken van de bestuurder’ wilde bestraffen, maar hield vast aan de voorgestelde constructie.

Met betrekking tot de mogelijkheid dat de eigenaar aansprakelijk was zonder dat bij hem schuld kon worden vastgesteld, merkte de Minister nog op dat de eigenaar maar moest zorgen dat hij wist wie ten tijde van de overtreding het motorrijtuig bestuurde. De Commissie van Rapporteurs vreesde dat art. 32 aanleiding tot problemen zou geven wanneer de eigenaar de bestuurder niet bekend kón maken, zoals het geval was in het hierna te bespreken Dordrechtse Autobusdienst-arrest. Dit verschil in benadering kwam tijdens de verdere behandeling van het wetsvoorstel niet meer aan bod.

3. Ontwikkelingen in jurisprudentie en literatuur

3.1. Het Dordrechtse Autobusdienst-arrest

In het Dordrechtse Autobusdienst-arrest sprak de Hoge Raad zich uit over de aansprakelijkheid van de eigenaar van een motorrijtuig ter zake van een verkeersovertreding. Dit arrest werd gewezen in 1931.⁸⁵³ De zaak was ‘een geval zooals het in de gepubliceerde jurisprudentie nog niet was voorgekomen,’ aldus Vrij die een noot bij het arrest schreef voor het Weekblad van het Recht. Centraal stond de vraag of de eigenaar strafbaar was voor de verkeersovertreding begaan door de onbekend gebleven bestuurder, ook als de eigenaar alles in het werk had gesteld om de identiteit van de bestuurder te achterhalen, maar daar niet in was geslaagd. Kon de eigenaar van een motorrijtuig een beroep doen op afwezigheid van alle schuld als het niet bekend kunnen maken van de bestuurder hem niet verweten kon worden?

Het ging daarbij in het arrest om twee vragen. In de eerste plaats was onduidelijk of de eigenaar vrijuit kon gaan als hij aannemelijk maakte dat hem geen verwijt kon worden gemaakt van het onbekend blijven van de bestuurder. Voor het antwoord op die vraag was relevant *wiens* en *welke* gedraging aansprakelijkheid ex art. 32 in het leven riep. Daarnaast was er onduidelijkheid over de grondslag waarop de kentekenaansprakelijkheid berustte: was dit een aansprakelijkheid op basis van risico of op grond van een vermoeden van schuld?⁸⁵⁴

⁸⁵³ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

⁸⁵⁴ Simmelink heeft aan deze vraag een paar jaar geleden nog een beschouwing gewijd, de kwestie van destijds is dus nog steeds actueel: J.B.H.M. Simmelink, ‘Kentekenaansprakelijkheid: risico of vermoeden van schuld?’, *Verkeersrecht* 2007, p. 65-69.

3.2. De casus

De aanleiding voor het arrest over de Dordrechtse Autobusdienst was een verkeersovertreding begaan door een buschauffeur in dienst van N.V. Eerste Dordrechtse Autobusdienst. Deze buschauffeur passeerde op 26 december 1930 rond 18.35 uur het kruispunt Bosboom Toussaintstraat – Krispijnschenweg in Dordrecht zonder voorrang te verlenen aan een van rechts komend motorrijtuig, een auto. De bestuurder van de auto werd daardoor gedwongen hard te remmen, waarna de auto slipte, van de weg raakte en tegen een boom botste.

Het Openbaar Ministerie wilde de buschauffeur vervolgen voor het niet verlenen van voorrang, een verkeersovertreding. Aangezien de identiteit van de buschauffeur die de overtreiding had begaan niet was vastgesteld, werd de eigenaar van de bus, de N.V. Eerste Dordrechtse Autobusdienst, vervolgd. Destijds kon een rechtspersoon echter niet vervolgd worden en daarom werd, in plaats van de N.V., de directeur gedagvaard. Doordat de eigenaar van de bus een rechtspersoon was, stond in deze zaak buiten kijf dat de eigenaar niet de bestuurder was geweest die de overtreiding had begaan.

Het achterhalen van de identiteit van de bestuurder bleek (nagenoeg) onmogelijk. Aangezien het ongeval plaats vond op 26 december was het donker, rond half zeven 's avonds. Het zicht werd bovendien belemmerd doordat het die avond sneeuwde. En rond het tijdstip van het ongeval passeerden drie bussen van dezelfde busmaatschappij het kruispunt. Eén van deze bussen reed in de tegenovergestelde richting, zodat die buschauffeur de gezochte bestuurder niet kon zijn. Welke van de twee overgebleven buschauffeurs degene was die de overtreiding had begaan, was volgens de verdachte met de informatie die hij van het OM had ontvangen, niet te achterhalen. Het motorrijtuig dat van rechts kwam, was achter de bus langs geslipt, waardoor het hoogst waarschijnlijk was dat de betrokken buschauffeur niet had gemerkt dat hij een ongeluk had veroorzaakt. Beide buschauffeurs konden daardoor oprecht beweren niets te hebben gemerkt.⁸⁵⁵

De officier van justitie in deze zaak in eerste aanleg, Hollander, meende dat het OM geen verwijt kon worden gemaakt van de onnauwkeurigheid van de informatie die aan de verdachte ter beschikking was gesteld, omdat geen van de getuigen het precieze tijdstip van het ongeval had kunnen noemen:

‘Geen der getuigen heeft volkomen nauwkeurig kunnen opgeven, hoe laat het ongeval heeft plaatsgehad, hetgeen ook alleszins begrijpelijk is. Als men met zijn auto tegen een boom rijdt, als men met zijn fiets door een auto tegen de straat wordt geworpen en, ten slotte, als men als willekeurige burgerjuffouw,

⁸⁵⁵ Hollander 1932, p. 8.

die toevallig langs komt, van dit alles getuige is, dan is niet het eerste, dat men doet, op zijn horloge kijken.⁸⁵⁶

Art. 32 MRW stelde, zo bleek hiervoor, de eigenaar of houder van het motorrijtuig naast de bestuurder aansprakelijk voor met dat motorrijtuig begane overtredingen, tenzij de identiteit van de bestuurder bekend werd of het motorrijtuig tegen de wil van de eigenaar was gebruikt en hij zodanig gebruik niet had kunnen verhinderen. Omdat de eigenaar de bestuurder niet bekend had gemaakt en evenmin aannemelijk kon maken dat die bestuurder de bus tegen zijn wil had gebruikt, waren beide aansprakelijkheid uitsluitende gronden niet van toepassing. De eigenaar leek dus aansprakelijk te moeten worden gehouden voor de overtreding, omdat hij niet in staat was de bestuurder bekend te maken.

Ter zitting stelde de raadsman van de verdachte dat het niet bekend worden van de identiteit van de buschauffeur zijn cliënt niet verweten kon worden. Het OM behoorde de eigenaar van het motorrijtuig, als die op grond van art. 32 MRW werd aangesproken, van voldoende gegevens te voorzien om de bestuurder bekend te kunnen maken, zo stelde hij. Daarbij dacht hij aan de specifieke kenmerken van het motorrijtuig en precieze tijd en plaats van de overtreding.

De rechtbank verwierp dit verweer, omdat de stelling dat het OM in het kader van art. 32 verplicht was specifieke kenmerken van het motorrijtuig, zoals het kenteken, bekend te maken, geen steun vond in de tekst van de wet. Daarbij overwoog de rechtbank dat:

‘[I]n ieder geval in artikel 32 der Motor- en Rijwielwet geen sprake is van een verplichting van den Ambtenaar tot het opgeven van een nummerbewijs aan den eigenaar of houder en het achterwege blijven daarvan dus niet in den weg kan staan aan de toepasselijkheid van dat artikel.’⁸⁵⁷

De verdachte beriep zich ook op afwezigheid van alle schuld, omdat hij meende van zijn kant alles te hebben gedaan dat in zijn vermogen lag om de bestuurder te achterhalen. Onder deze omstandigheden meende hij dat het onbekend blijven van de bestuurder buiten zijn schuld lag.

‘[D]at het in strafzaken algemeen gehuldigde beginsel, dat de dader van een feit niet strafbaar is, indien te zijnen aanzien algeheel gemis van schuld moet worden aangenomen, medebrengt dat de verdachte, die niettegenstaande alle mogelijke moeite er niet in geslaagd is te weten te komen, welke chauffeur ten tijde en ter plaatse, bij dagvaarding vermeld, de hierbedoelde autobus bestuurde

⁸⁵⁶ Hollander 1932, p. 8.

⁸⁵⁷ Rechtbank Dordrecht 1 mei 1931, W 12409.

en dus buiten zijn schuld in de onmogelijkheid verkeerde dien bestuurder bekend te maken, behoort te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.⁸⁵⁸

De rechtbank overwoog dat het niet aan de schuld van de verdachte te wijten was dat de bestuurder niet bekend was geworden. Naar het oordeel van de rechtbank bood art. 32 MRW echter geen ruimte voor het aanvaarden van avas als strafuitsluitende omstandigheid. Zij overwoog dat op grond van art. 32 de verdachte niet voor een eigen gedraging werd bestraft en concludeerde dat daarom een beroep op avas niet mogelijk was:

‘[D]at dit verweer niettemin ondeugdelijk is, omdat daarbij uit het oog wordt verloren, dat in meergenoemd artikel 32 de eigenaar of houder van een motorrijtuig niet strafbaar wordt gesteld voor een door hem zelve begane overtreding, maar in die bepaling de aansprakelijkheid voor overtredingen, door den bestuurder begaan, in de daar bedoelde gevallen, zonder meer bij den eigenaar of houder wordt gebracht, derhalve voor zoover deze niet aannemelijk maakt, dat van het motorrijtuig tegen zijn wil gebruik is gemaakt en hij dit gebruik niet heeft kunnen beletten;

dat hieruit volgt dat de schuldvraag, welke bij berechting van een onder het bereik van dat artikel vallend feit moet worden beantwoord, alleen kan worden gesteld met betrekking tot den feitelijken dader van de gepleegde overtreding en dat, deze vraag bevestigend beantwoord zijnde, de eigenaar of houder slechts dan vrij uitgaat, indien hij geacht mag worden te verkeer in het zoo juist genoemde uitzonderingsgeval;⁸⁵⁹

Art. 32 was volgens de rechtbank dus niet meer en niet minder dan een aansprakelijkheidsconstructie, waardoor voor de schuldvraag geen ruimte was. De rechtbank verwierp de verweren van de verdachte, maar stelde wel expliciet vast dat bij de verdachte alle schuld aan het niet bekend worden van de bestuurder ontbrak.

Afwezigheid van alle schuld was naar het oordeel van de rechtbank in geval van art. 32 evenwel geen grond voor straffeloosheid. Alles afwegende kwam de rechtbank daarom tot een bewezenverklaring en werd de directeur veroordeeld tot een boete van f 1,-. Naar aanleiding van deze uitspraak stelde de directeur beroep in cassatie in. Namens hem werden twee middelen van cassatie voorgesteld met dezelfde strekking als de voor de rechtbank gevoerde verweren.

A-G Wijnveldt concludeerde op basis van de wetsgeschiedenis dat de minister aan lid 2 waarschijnlijk een exclusieve werking heeft willen geven en hij dus in dit geval waarschijnlijk een veroordeling had willen zien. Zelf kon hij zich echter

⁸⁵⁸ Rechtbank Dordrecht 1 mei 1931, W 12409.

⁸⁵⁹ Rechtbank Dordrecht 1 mei 1931, W 12409.

niet vinden in een lezing van art. 32 die aan het tweede lid een exclusieve werking toekende:

‘(...) ik [kan] art. 32 niet lezen als in de Memorie van Antwoord wordt gedaan. Immers niet alleen door toepassing van lid 2 kan de eigenaar of houder zich bevrijden.’⁸⁶⁰

Hij onderscheidde drie situaties waarin de aansprakelijkheid ex art. 32 verviel. Ten eerste de gevallen waarin de bestuurder bekend was, ten tweede de situaties waarin de bestuurder door de eigenaar bekend werd gemaakt en ten derde de gevallen waarin het motorrijtuig tegen de wil van de eigenaar was gebruikt. Nu geen van de drie geschetste mogelijkheden in casu van toepassing was, vroeg hij zich af of de eigenaar aansprakelijk moest zijn, juist omdat de rechtbank expliciet had vastgesteld dat het niet bekend worden de verdachte niet verweten kon worden.

‘In het eerste geval vervalt de aansprakelijkheid van den eigenaar of houder, zelfs buiten zijn toedoen, in het derde geval wanneer hij aantoonde geen schuld te hebben aan het gebruik. Moet nu uit het tweede geval volgen, dat hij steeds aansprakelijk is – schuld of niet – wanneer hij den bestuurder niet bekend maakt? M.i. is deze gevolgtrekking onjuist. Vaststaat dat requirant geen schuld heeft aan het niet bekend maken, zegt de Rb. Welnu, dan moet hij ook niet gestraft worden. (...) Straf zal dan ook niet kunnen worden opgelegd, nu de omschrijving van het strafbare feit in artikel 32 niet noodzakelijk medebrengt de tegen het rechtsgevoel en tegen het ook in ons strafrecht gehuldigde beginsel “geen straf zonder schuld” indruisende leer te aanvaarden (HR 25 Febr. 1929, W. 11971; N.J. 1929, 1500).’⁸⁶¹

Anders dan de rechtbank las Wijnveldt in art. 32 dus geen aansprakelijkheidsconstructie waarin een beroep op avas was uitgesloten voor een ander dan de werkelijke bestuurder.

Ook de Hoge Raad zag ruimte voor een beroep op avas. Hij overwoog dat er geen aanleiding was om aan te nemen dat een beroep op avas door art. 32 MRW werd uitgesloten. Hoewel de wetgever een wetsbepaling zodanig zou kunnen vormgeven dat dat wel het geval was, was dat, volgens de Hoge Raad, in art. 32 niet gebeurd:

‘[D]at voorzeker de wetgever een strafbaar feit zoodanig zoude kunnen omschrijven dat aan dit beginsel afbreuk zou worden gedaan, en uitdrukkelijk zou blijken van zijn wil, dat ook bij afwezigheid van alle schuld straf zal worden opgelegd; dat echter de artt. 32 en 33 der Motor- en Rijwielwet bij de

⁸⁶⁰ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

⁸⁶¹ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

daarin geregelde aansprakelijkheid van den eigenaar of houder geenszins van zulk een wil doen blijken;⁸⁶²

De Hoge Raad overwoog dat een beroep op avas wel mogelijk was, omdat uit de wet niet uitdrukkelijk bleek dat de wetgever hier een beroep op avas had willen uitsluiten. De rechtbank was tot een andere conclusie gekomen doordat zij art. 32 interpreteerde als een kale aansprakelijkheidsconstructie. De Hoge Raad zag de gedraging van een ander wel als de aanleiding voor de vervolging, maar concludeerde dat dat niet betekende dat een beroep op avas door de eigenaar vanwege het niet bekend kunnen maken van de bestuurder uitgesloten was. Anders dan de rechtbank interpreteerde de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de eigenaar als een aansprakelijkheid voor een eigen gedraging:

‘[D]at veeleer aannemelijk is, dat die aansprakelijkheid berust op de overweging, dat de eigenaar behoort mede te werken om de vervolging van den werkelijken dader mogelijk te maken, en heeft te zorgen dat hij weet, door welke personen zijne motorrijtuigen telkens worden bestuurd; dat ook de geschiedenis van de totstandkoming dezer wet niet tot eene andere opvatting van het wetsvoorschrift noopt.’⁸⁶³

De eigenaar had volgens de Hoge Raad een zorgplicht. Hij moest zorgen dat hij wist wie er in zijn motorrijtuig had gereden zodat hij de vervolging van de werkelijke bestuurder mogelijk kon maken door de naam en het adres van die bestuurder bekend te maken. Doordat de Hoge Raad in art. 32 een zorgplicht van de eigenaar las, was er ook ruimte voor een beroep op avas door de eigenaar. De Hoge Raad vernietigde het vonnis voorzover de verdachte strafbaar was geoordeeld en straf was opgelegd en deed vervolgens zelf de zaak af door de verdachte te ontslaan van alle rechtsvervolging.⁸⁶⁴

3.3. Commentaar op het Dordrechtsche Autobusdienst arrest

De aanvaarding van het avas-verweer in het arrest over de Dordrechtsche Autobusdienst heeft tot uiteenlopende reacties geleid. Vrij, Pompe en Hollander, de al eerder genoemde officier van Justitie in deze zaak, mengden zich in de discussie. Hun standpunten worden hieronder besproken. Behalve Vrij schreef ook Pompe een annotatie bij het arrest: Vrij voor het Weekblad van het Recht en Pompe voor de Nederlandse Jurisprudentie.

⁸⁶² HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

⁸⁶³ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

⁸⁶⁴ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

In zijn annotatie was Vrij kritisch over de uitspraak van de Hoge Raad. Net als A-G Wijnveldt in zijn conclusie voor het arrest, onderscheidde hij drie situaties die hij aanmerkte als uitzonderingen op de regel dat de eigenaar aansprakelijk was, omdat hij zelf de bestuurder van het motorrijtuig was geweest. Op grond van die redenering was er in zijn ogen geen aanleiding voor een ruimere interpretatie van de uitzonderingsgronden in lid 2 van art. 32:

‘Ingeval van drie omstandigheden is geen strafbaarheid van den eigenaar aanwezig. De eerste omstandigheid is objectief en wel, dat de bestuurder bekend is. De tweede omstandigheid is, dat de eigenaar een *daad* verricht, en wel den bestuurder bekendmaakt. De derde omstandigheid is, dat hij aan iets *geen schuld* heeft, en wel aan het gebruik van zijn auto. Maar mag men, bij deze economie der bepaling, het tweede geval nog weer uitbreiden en zeggen: niet alleen als hij die daad verricht, maar ook indien hij die daad weliswaar *niet* verricht doch aan dit niet verrichten *geen schuld* heeft?’⁸⁶⁵

Volgens Vrij was er een verband tussen het vervallen van de aansprakelijkheid en de keuze van de eigenaar om een ander met zijn motorrijtuig te laten rijden. Als gevolg van die keuze kon de eigenaar de bestuurder bekend maken, tenzij zijn motorrijtuig tegen zijn wil was gebruikt. In dat geval had de eigenaar in het geheel geen inspraak gehad in de keuze van de bestuurder. Het niet bekend kunnen maken van de bestuurder, terwijl de eigenaar had toegestaan dat een ander of anderen met zijn motorrijtuig hadden gereden, paste niet in dat systeem. Er was dus geen sprake van afwezigheid van alle schuld en daarom zag Vrij dit ook niet als een reden voor straffeloosheid. In zijn ogen had de Hoge Raad in de zaak tegen de Dordrechtse Autobusdienst het bereik van avas te ver uitgebreid:

[D]e gelding van het beginsel “geen strafbaarheid zonder schuld” [is] buiten het terrein van de eigenlijk strafbaargestelde gedragingen thans ook aldus tot de strafbaarheid van den dader uitsluitende persoonlijke omstandigheden uitgestrekt. Hoe gaarne ik ook het bedoelde beginsel overal, waar het op gelding aanspraak kan maken, zie zegeprelen, zoo geloof ik toch in alle bescheidenheid, dat het hier buiten zijn grenzen is uitgebreid.’⁸⁶⁶

Dat de Hoge Raad de toepassing van avas had uitgebreid tot voorbij de strafbare gedraging was volgens Vrij niet wenselijk. Dat hing samen met de manier waarop Vrij de aansprakelijkheid zag die art. 32 vestigde. In zijn ogen vestigde art. 32 een aansprakelijkheid voor de eigenaar waarop twee uitzonderingen waren gemaakt. In

⁸⁶⁵ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij.

⁸⁶⁶ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij.

de regel was de eigenaar de bestuurder, tenzij een ander al of niet met toestemming van de eigenaar met dat motorrijtuig had gereden. Als een ander het motorrijtuig heeft gereden met toestemming van de eigenaar, kon de eigenaar de bestuurder bekend maken. In het andere geval, waarin iemand tegen de wil van de eigenaar het motorrijtuig had gebruikt, heeft hij die toestemming niet gegeven en was hij daarom ook niet aansprakelijk. Op basis van deze systematiek concludeerde Vrij dat de aansprakelijkheid van de eigenaar op een schuld fictie was gebaseerd:

‘dat (...) de eigenaar in gelijke mate en met gelijke straffen voor des anders overtredingen aansprakelijk gesteld wordt, moet wel berusten op veronderstelde *culpa in eligendo* van den eigenaar.’⁸⁶⁷

De *culpa in eligendo* (letterlijk: schuld door het kiezen) is een civielrechtelijke schuld fictie, die tegenwoordig niet meer wordt gebruikt.⁸⁶⁸ De Franse civilist Pothier bijvoorbeeld bespreekt de *culpa in eligendo* als grondslag voor aansprakelijkheid van de werkgever/patroon voor gedragingen van zijn knechten.⁸⁶⁹ Bracht de knecht in de uitoefening van zijn taak schade toe aan een derde, dan werd aangenomen dat de werkgever onvoldoende zorg had betracht bij de keuze van de knecht.⁸⁷⁰ Een beroep op avas kon de werkgever niet bevrijden, omdat de fout van de knecht de verkeerde keuze van de werkgever en daarmee diens schuld aan de fout bewees.⁸⁷¹

De veronderstelling van *culpa in eligendo* was niet meer dan een bewijsconstructie om de schuld van de werkgever of de eigenaar aan de schade respectievelijk de overtreding te onderbouwen. Kennelijk zag Vrij die schuld fictie iets ruimer, want hij wilde deze ook toepassen op de eigenaar die een ander met zijn motorrijtuig liet rijden.

⁸⁶⁷ Van Lennep 1895, p. 44, citaat ontdaan van kapitalen.

⁸⁶⁸ Asser (digitaal), Hoofdstuk V § 3, aant. 146.

⁸⁶⁹ Pothiers standpunt had betrekking op het Franse art. 1384c Code Civil, waarvan art. 1403 BW (oud), de Nederlandse equivalent was. Art. 1403 BW (oud) betrof de aansprakelijkheid van onder meer de schoolmeesters en werkmeesters voor schade veroorzaakt door hun leerlingen en knechten. Die aansprakelijkheid is tegenwoordig geregeld in art. 6:170 BW. Zowel Van Lennep 1895, p. 45 als Scholten 1899, p. 44-55 en p. 134-142 stelde dat de door Pothier op het Romeinse recht gebaseerde grondslag (de *culpa in eligendo*) voor de aansprakelijkheid ex art. 1403 BW (oud) onjuist was.

⁸⁷⁰ Hoekema 1976, p. 22.

⁸⁷¹ Opzoomer 1879, p. 333-335. In de civielrechtelijke context was er volgens Van Lennep bij dit schuld begrip nagenoeg geen ruimte voor een verweer met de strekking dat alle redelijkerwijs te vergen zorg was betracht: “Het baat u niet” antwoorden de juristen, “de wet laat u niet toe, dat te bewijzen; zij stelt u kortweg aansprakelijk, *dus* gij moet *schuld* hebben.” Om nu een juridische constructie te vinden, had men wonderlijke bokkesprongen moeten maken: er werd een *praesumptio juris et de jure* van schuld bij de meester opgesteld.’ Van Lennep 1895, p. 44, citaat ontdaan van kapitalen.

De aansprakelijkheid van de eigenaar verviel als hij de bestuurder bekend maakte; op dat punt sloot de vergelijking tussen de eigenaar van de auto en de werkgever niet aan op de voorstelling dat de aansprakelijkheid van de eigenaar gebaseerd zou zijn op *culpa in eligendo*. Die (veronderstelde) *culpa in eligendo* van de eigenaar aan de verkeersovertreding werd tenslotte niet minder als hij de bestuurder wél bekend maakte. Dit deed er volgens Vrij echter niet aan af dat deze schuld fictie de basis van de aansprakelijkheid van de eigenaar vormde. Dat de wetgever daar waar mogelijk de voorkeur had gegeven aan het vervolgen en bestraffen van de werkelijke bestuurder in plaats van de eigenaar, was een keuze van de wetgever, aldus Vrij:

‘Hoewel toch de *culpa in eligendo* van den eigenaar er geen zier geringer op wordt, indien de justitie verneemt, wie de in de eerste plaats aansprakelijke bestuurder is, heeft de wetgever daar, waar de aansprakelijkheidstelling van den bestuurder verwezenlijkt kan worden inzoover dat die bestuurder aan de justitie bekend is, met die éene aansprakelijkheidstelling willen volstaan; hij heeft derhalve de aansprakelijkstelling van den eigenaar opgeheven, indien de bestuurder aan de justitie hetzij reeds bekend is, hetzij alsnog door den eigenaar bekend wordt gemaakt.’⁸⁷²

De zorgplicht die de Hoge Raad als basis voor de aansprakelijkheid van de eigenaar had aangewezen, had Vrij niet overtuigd. Hieraan droeg ook bij dat hij aan de ‘legislatieve techniek’ van art. 32 een bevestiging ontleende voor zijn standpunt.

‘[H]et eerste lid van art. 32 stelt nu eenmaal niet strafbaar des eigenaars gedraging van het niet op eerste aanmaning bekendmaken van den bestuurder. (...) Met het mede aansprakelijk stellen van den één voor andermans feit is méér bedoeld: de eigenaar van de auto zie toe, door wie hij haar laat besturen (...).’⁸⁷³

In zijn preadvies concludeerde Vrij dat straffeloosheid bij het ontbreken van schuld een gevolg was van het rechtsgevoel dat onder bepaalde voorwaarden vroeg om toepassing van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’. In tegenstelling tot een benadering van het schuldbeginnsel waarbij dat beginsel wordt beschouwd als een hoeksteen van het strafrecht, biedt de visie waarin het rechtsgevoel de grondslag voor de geldigheid van het schuldbeginnsel vormt ruimte voor gevallen waarin een beroep op avas niet zonder meer mogelijk is. In deze benadering is het, in elk geval in theorie, denkbaar dat op grond van het rechtsgevoel in bepaalde gevallen bestraffing plaats zou moeten vinden ondanks een zeer minieme schuld, het ontbreken van schuld of

⁸⁷² HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij.

⁸⁷³ Van Lennep 1895, p. 44, citaat ontdaan van kapitalen (EHA vL).

een beperkt weerlegbaar vermoeden van schuld. Dat leidt in Vrij's benadering niet zonder meer tot een aantasting van een fundamenteel beginsel van strafrecht.

In het debat over de grondslag van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een motorrijtuig ex art. 32 MRW heeft Vrij, zo lijkt het, zijn ideeën over afwezigheid van alle schuld en het gebruik van schuldvermoedens toegepast op de aansprakelijkheid die art. 32 MRW schept voor de eigenaar. Enerzijds legde hij de aansprakelijkheid voor verkeersovertredingen die met een auto worden begaan in de eerste plaats bij de eigenaar, die, voorzover hij niet zelf gereden heeft en dus op die grond al aansprakelijk is, zorgvuldig een bestuurder zou moeten kiezen. Hoe zorgvuldig de keuze ook was, door de keuze om zijn auto aan deze persoon mee te geven, heeft de eigenaar altijd een aandeel in het totstandkomen van de verkeersovertreding en heeft hij – volgens Vrij – dus ook altijd enige schuld aan de overtreiding. Nu bij hem niet alle schuld ontbreekt, lag in de benadering van Vrij het aanvaarden van avas niet in de rede. En voor het geval waarin de eigenaar van de auto geen keuze voor een bestuurder heeft gemaakt, en hij dus geen schuld had aan de overtreiding, had de wetgever in art. 32 lid 2 een voorziening getroffen.

Vrij stond niet alleen in zijn pleidooi voor een beperkte werkingssfeer van avas; hij kreeg bijval van Zijlstra.⁸⁷⁴ Ook door Zijlstra werd een andere lezing van art. 32 MRW bepleit. Volgens hem was art. 32 niets meer en niets minder dan een aansprakelijkheidsregeling.⁸⁷⁵ In een ingezonden bijdrage in het Weekblad van het Recht naar aanleiding van het Dordrechtsche Autobusdienst-arrest schreef hij dat art. 32 niet als de overtreden norm had moeten worden aangemerkt, terwijl het strafbare feit was gekwalificeerd als het 'aansprakelijk zijn voor de door den bestuurder van dat motorrijtuig begane overtreiding'.

'[E]chter het aanvechtbare van de beslissing [ligt] niet hierin, dat met het door den overtreder eener strafbepaling verrichten van een zijne strafbaarheid opheffende handeling wordt gelijkgesteld het buiten schuld niet kunnen verrichten van die handeling, doch veeleer daarin, dat ten onrechte art. 32 van de Motor- en Rijwielwet als de overtreden norm is beschouwd. (...) Het zou ook zeer onlogisch geweest zijn, wanneer de wet het "aansprakelijk zijn" voor eens anders handelen als een *strafbaar feit* had aangeduid!'⁸⁷⁶

Art. 32 was volgens Zijlstra niet meer dan een aansprakelijkheidsregeling, zonder morele lading, en dat rechtvaardigde waarom een beroep op avas uitgesloten was. Zijlstra kwam dus tot dezelfde conclusie als Vrij, namelijk dat de Hoge Raad in het

⁸⁷⁴ Zijlstra 1932, p. 8, zie ook Jordens 1932, p. 4.

⁸⁷⁵ Zijlstra 1932, p. 8.

⁸⁷⁶ Zijlstra 1932, p. 8.

Dordrechtsche Autobusdienst-arrest het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ buiten zijn eigenlijke werkingssfeer had uitgebreid.

Hollander, de officier van justitie in de zaak tegen de Dordrechtsche Autobusdienst in eerste aanleg, zag weinig in veronderstelde *culpa in eligendo* als basis voor de aansprakelijkheid van de eigenaar. Als gevolg van de ruime formulering van art. 32 zou de eigenaar dan in feite aansprakelijk worden gesteld voor elke verkeersovertreding begaan door ieder die met zijn motorrijtuig heeft gereden voorzover de eigenaar het gebruik van zijn motorrijtuig niet heeft weten te beletten. Een zo ruime interpretatie van de aansprakelijkheid leek hem ongewenst en daarom stelde hij dat de aansprakelijkheid beperkt moest worden opgevat:

‘Het komt me toch niet aannemelijk voor, dat de *culpa in eligendo* te hulp mag worden geroepen, waar het kan betreffen aansprakelijkheid, voortvloeiende niet alleen uit fouten van ondergeschikten, maar tevens uit die van anderen, met wie men een relatie, welke dan ook, onderhoudt. (...) Ik lees hieruit, dat de wetgever alleen den eigenaar of houder, die onwillig is de door justitie verzochte inlichtingen te verstrekken en waarvan derhalve mag worden verondersteld, dat hij met den bestuurder van het motorrijtuig onder een hoedje speelt, heeft willen treffen. Welk belang kan er trouwens bestaan den te dezer zake goedwillenden en volkomen te goeder trouw zijnden eigenaar of houder strafrechtelijk (...) aansprakelijk te stellen?’⁸⁷⁷

Hollander las in art. 32 dus een ander soort regeling dan Vrij. In zijn ogen was het een regeling die bewust een zo ruim mogelijk toepassingsgebied had zodat degenen die niet wilden meewerken aan de vervolging van de werkelijke bestuurder relatief eenvoudig aansprakelijk konden worden gesteld. Dat dit niet met zoveel woorden in art. 32 MRW stond, was voor hem kennelijk geen bezwaar. In de door Hollander uitgedragen visie was dus alleen die eigenaar strafbaar op grond van art. 32 die de bestuurder niet bekend wilde maken. De eigenaar die wel wilde meewerken, maar de bestuurder niet bekend kon maken, ging vrijuit.

In zijn annotatie bij het Dordrechtsche Autobusdienst-arrest voor de Nederlandse Jurisprudentie sloot Pompe zich bij Hollander aan. Volgens hem bestrafte art. 32 het niet bekend maken van de werkelijke bestuurder. Hoewel dat niet met zoveel woorden uit art. 32 bleek, betoogde Pompe dat het niet bekend maken van de bestuurder een bestanddeel van het strafbare feit was.

‘[H]et is verheugend dat de H.R. den regel “geen straf zonder schuld” ruim genoeg toepast, om ook dit wel uitzonderlijke geval eronder te doen vallen.

⁸⁷⁷ Hollander 1932, p. 8.

(...) Verder blijkt [uit een arrest van de Hoge Raad van 21 december 1931⁸⁷⁸, EHA_vL], duidelijker dan uit bovenstaande qualificatie der rechtbank te Dordrecht (...) dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid intreedt *door* onder de vermelde omstandigheden den bestuurder niet bekend te maken. De strafbare gedraging bestaat hier uit een nalaten, nl. nalaten den naam van den bestuurder bekend te maken. Wat men zoo het strafbare feit op, dan is het duidelijk, dat den eigenaar (...) die den bestuurder niet kent noch redelijkerwijze kan kennen (...) geen verwijt kan worden gemaakt. M.a.w. dat hij geen schuld heeft.⁸⁷⁹

Pompe had klaarblijkelijk geen moeite met de ruime toepassing die de Hoge Raad in het arrest aan avas had gegeven. Die sloot juist aan bij zijn visie op avas zoals hij die uiteen had gezet tijdens de NJV-vergadering van 1930. Daar had Pompe betoogd dat het schuldvereiste in de strafwet besloten lag en dat er dus geen expliciete avas bepaling nodig was die bevestigde dat bij afwezigheid van alle schuld geen straf mag volgen.

Ook volgens Pompe was het niet bekend maken van de werkelijke bestuurder de gedraging die tot aansprakelijkheid ex art. 32 MRW leidde. Daarom kon de eigenaar die de bestuurder redelijkerwijs niet kon kennen, maar daar geen verwijt van kon worden gemaakt, niet aansprakelijk worden gesteld. De aansprakelijkheid van de eigenaar is in Pompes ogen dus eigenlijk gebaseerd op het nalaten van die eigenaar om de bestuurder bekend te maken. Daarnaast introduceerde hij het normatieve 'redelijkerwijs', dat aangaf wanneer er ruimte bestond voor het aanvaarden van avas. Volgens Pompe had de eigenaar schuld als het aan de nalatigheid van de eigenaar te wijten was dat de bestuurder niet bekend is geworden. Van een schuldfictie als veronderstelde *culpa in eligendo* was Pompe geen voorstander omdat dit volgens hem geen (extra) houvast bood voor het begrijpen van de kentekenaansprakelijkheid:

'Dit zou dan vermoedelijk een schuldvermoeden zonder mogelijkheid van tegenbewijs moeten zijn. (...) Deze culpa in eligendo lijkt mij *strafrechtelijk* weinig bruikbaar. De eigenaar moet natuurlijk bij aanwijzing van een bestuurder redelijke zorg aanwenden, dat deze voldoende geschikt is om behoorlijk te rijden. Hij zal echter wel steeds de mogelijkheid kunnen voorzien, dat de bestuurder een overtreding van M.R.W. of M.R.R. zal begaan.

⁸⁷⁸ HR 21 december 1931, NJ 1932, p. 767. In dit arrest verbeterd de Hoge Raad ambtshalve de kwalificatie, die had behoren te luiden het 'als eigenaar van een motorrijtuig, waarmee een onbekend gebleven bestuurder heeft gepleegd de overtreding van: [citaat overtreden artikel Motor- en Rijwielreglement] daarvoor aansprakelijk zijn, als hebbende op de eerste aanmaning van den betrokken Ambt. van het O.M. binnen een daarbij gestelden termijn dien bestuurder niet bekend gemaakt'.

⁸⁷⁹ HR 19 oktober 1931, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

Deze mogelijkheid zal hij echter, althans binnen zekere grenzen, op den koop toe mogen en moeten nemen. Men kan hier van een geoorloofd risico spreken. Van welken bestuurder immers kan men redelijkerwijze verwachten, dat hij zich *nooit* aan zoo'n overtreding zal schuldig maken?⁸⁸⁰

Pompe stelde dat het niet redelijk was om van een eigenaar te verlangen dat hij een bestuurder kiest die nooit een verkeersfout zal maken. Om die reden pleit hij ook voor een ruimere benadering van de avas; bij een geoorloofd risico is aansprakelijkheid niet redelijk als dat risico zich verwezenlijkt. Het niet bekend maken van de bestuurder zag Pompe als de basis voor de aansprakelijkheid, mits de eigenaar redelijkerwijs in staat was de bestuurder wel bekend te maken. In zijn ogen mag de kentekenhouder een bepaald risico nemen bij het uitlenen van zijn auto en zou hij pas aansprakelijk moeten zijn voor de boete als hij nalaat de bestuurder bekend te maken terwijl hij die wel bekend kon maken.

Het debat naar aanleiding van het Dordrechtse Autobusdienst-arrest laat zien hoe Vrij en Pompe, die tijdens de NJV-vergadering van 1930 hun theoretische standpunten over de avas uiteenzetten, deze vertaalden naar een praktische discussie. Het debat over de ruimte voor een beroep op avas door de eigenaar met betrekking tot overtredingen begaan met zijn motorrijtuig maakt duidelijk dat het theoretische verschil tussen Vrij en Pompe ook in de praktijk tot andere resultaten leidde. Vrij verdedigde met betrekking tot de ruimte voor een beroep op avas door de eigenaar een veel strengere lijn dan Pompe. En ondanks de steun voor de voorstellen van Vrij tijdens de NJV vergadering in 1930 lijkt de Hoge Raad toch meer bij de door Pompe verdedigde benadering van avas aan te sluiten.

4. Verdere ontwikkeling: de Wegenverkeerswet

4.1. Art. 40 WVV 1935

4.1.1. Inleiding

Na het Dordrechtse Autobusdienst arrest werd in 1933 een wetsontwerp ingediend dat het verkeersrecht grondig zou wijzigen.⁸⁸¹ Het wetsontwerp kreeg als werktitel 'Regelen, in verband met het gebruik van motorrijtuigen en rijwielen, nopens het verkeer op de wegen en de rijwielpaden'. De wet die in 1935 tot stand kwam, kreeg als titel: Wegenverkeerswet (WVV).⁸⁸² Het belangrijkste doel van het wetsontwerp

⁸⁸⁰ HR 19 oktober 1931, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe.

⁸⁸¹ *Kamerstukken II* 1933/34, 484, nr. 2.

⁸⁸² Wet van 13 september 1935, Stb. 554.

was ‘grooter veiligheid van het verkeer’.⁸⁸³ Voor de aansprakelijkheid van de eigenaar voor strafbare feiten begaan met zijn motorrijtuig door een onbekend gebleven bestuurder veranderde er op het eerste gezicht weinig: de kentekenaansprakelijkheid werd verplaatst van art. 32 MRW naar art. 40 WVV. Inhoudelijk was het voorgestelde art. 40 min of meer gelijk aan art. 32. Er werd alleen een op het oog kleine wijziging in het tweede lid voorgesteld:

‘Art. 40 WVV

1. Voorzover bij deze wet of den in artikel 2 bedoelden algemeenen maatregel van bestuur de eigenaar of houder van een motorrijtuig niet reeds naast den bestuurder voor overtreding van de daarin vervatte strafbepalingen aansprakelijk is gesteld, zal die eigenaar of houder op gelijke wijze aansprakelijk zijn voor de door den bestuurder van een motorrijtuig gepleegde overtreding van de tegen dezen als zoodanig gerichte strafbepalingen, vervat in die wet en dien algemeenen maatregel van bestuur, tenzij bekend is, wie die bestuurder is, of deze op de eerste aanmaning van den betrokken ambtenaar van het Openbaar Minister binnen een daarbij te stellen termijn door den eigenaar of houder is bekend gemaakt.
2. Het bepaalde bij het eerste lid geldt slechts dan niet, wanneer door den eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk wordt gemaakt, dat van dat rijtuig tegen zijn wil is gebruik gemaakt en dat hij dit gebruik redelijkerwijze niet heeft kunnen beletten.⁸⁸⁴

In de toelichting op het concept-artikel 40 stond met betrekking tot de wijziging in het tweede lid van art. 40:

‘De woorden “slechts dan niet, wanneer” geven aan, dat het enige geval, waarin de aansprakelijkheid van den eigenaar of houder wordt opgeheven, dat is, hetwelk in dit tweede lid is genoemd.’⁸⁸⁵

Art. 40 WVV '35 werd zonder plenaire behandeling met algemene stemmen aangenomen.⁸⁸⁶ Door het achterwege blijven van een plenaire behandeling is weinig bekend over de motieven van de wetgever om in art. 40 lid 2 WVV de woorden ‘slechts dan niet, wanneer’ op te nemen. Volgens Weersma en Polak heeft de wetgever met

⁸⁸³ *Kamerstukken II 1933/34*, 484, nr. 3, p. 9 (MvT).

⁸⁸⁴ Ter vergelijking, art. 32 lid 2 MRW luidde: ‘Het bepaalde bij het eerste lid geldt niet, indien door den eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk wordt gemaakt, dat van het rijtuig tegen zijn wil gebruik is gemaakt en dat hij dit gebruik niet heeft kunnen beletten.’

⁸⁸⁵ *Kamerstukken II 1933/34*, 484, nr. 3, p. 14. Ook werd ‘redelijkerwijs’ toegevoegd in het tweede lid, maar dit werd niet beschouwd als een inhoudelijke wijziging.

⁸⁸⁶ *Handelingen II 1934/35*, 80, p. 2077 en *Handelingen I 1934/35*, 80, p. 790.

de toevoeging van de woorden 'slechts dan' aan het tweede lid van art. 40 duidelijker tot uitdrukking willen brengen dat in art. 40 de eigenaar aansprakelijk werd gesteld voor verkeersovertredingen begaan door een bestuurder wiens identiteit de eigenaar niet bekend maakte. Zij schreven:

'Een beroep op afwezigheid van alle schuld aan het niet bekend worden van de bestuurder, die de verkeersovertreding beging, (...) [kan] hem [de eigenaar, EHA_vL] dan ook niet meer baten. O.i. terecht! Het gaat hier inderdaad niet om een door de eigenaar of houder zelf begane overtreding, maar om zijn aansprakelijkheid onder bepaalde omstandigheden voor een door een *ander* begane verkeersfout.'⁸⁸⁷

Het gevolg van de toevoeging van 'slechts dan niet, wanneer' was volgens hen dat onder het nieuwe art. 40 WVV ook de verdachte in het Dordrechtse Autobusdienst-arrest veroordeeld had moeten worden. Gezien de formulering van het tweede lid van art. 40 lijkt het aannemelijk dat de wetgever in art. 40 WVV inderdaad heeft geprobeerd een beroep op afwezigheid van alle schuld uit te sluiten door alleen aan het geval genoemd in het tweede lid van art. 40 straffeloosheid te verbinden. Beerling concludeerde daarom dat art. 40 WVV voor de eigenaar van een motorrijtuig een 'risico aansprakelijkheid' in het leven riep, iets dat 'het strafrecht verder nergens kent'.⁸⁸⁸ De wijziging had in de praktijk verstrekende gevolgen, zo illustreert de jurisprudentie in de volgende paragraaf.

4.1.2. Eerste jurisprudentie van de Hoge Raad

Het was niet meer dan een kwestie van tijd voor de rechter te maken zou krijgen met een beroep op afwezigheid van alle schuld bij een vervolging ter zake van art. 40 WVV. Het eerste arrest waarin het onderwerp in cassatie aan de orde kwam, volgde op een uitspraak van de kantonrechter te Alkmaar. Deze overwoog dat het niet bekend maken de eigenaar niet verweten kon worden door de lange periode tussen het constateren van het feit (een snelheidsovertreding) op 24 april 1968 en de dag waarop de aanmaning om de identiteit van de bestuurder bekend te maken werd betekend, namelijk op 24 juni 1968. Daarom ontsloeg de kantonrechter de verdachte van alle rechtsvervolging.⁸⁸⁹ De rechtbank Alkmaar had het ontslag van alle rechtsvervolging van de kantonrechter bevestigd, hoewel de verdachte de

⁸⁸⁷ Weersma & Polak 1950, p. 281. De oorspronkelijke espacering is door mij vervangen door een cursivering.

⁸⁸⁸ Beerling 1970, p. 1115. Beerling stond hierin niet alleen, zie de kritiek op de jurisprudentie naar aanleiding van art. 40 WVV in de volgende paragrafen.

⁸⁸⁹ HR 3 juni 1969, *NJ* 1970, 78.

identiteit van de bestuurder niet bekend had gemaakt. In cassatie werd dit oordeel door de Officier van Justitie in twee cassatiemiddelen betwist.

In de kern betoogden beide middelen dat de verdachte alleen door het bekendmaken van de bestuurder vrij uit kon gaan en dat de enige grond voor een ontslag van alle rechtsvervolging art. 40 lid 2 WVV was. De verdachte moest dan aannemelijk maken dat het motorvoertuig tegen zijn wil is gebruikt en dat hij zodanig gebruik redelijkerwijze niet had kunnen beletten. Naar aanleiding van deze cassatiemiddelen schreef Rummelink een uitgebreide conclusie. Volgens hem was de aansprakelijkheid in het nieuwe art. 40 WVV gebaseerd op een aansprakelijkheidsfictie:

‘In art. 40 WVV — vroeger art. 32 MRW — is de wetgever van dit beginsel [het beginsel dat de bestuurder aansprakelijk is voor het handelen in strijd met de voorschriften, EHA vL] afgeweken en is hij gaan werken met een fictie. Hij breidt daar de aansprakelijkheid van de eigenaar (enz.) ‘botweg’ uit tot die van de bestuurder, zij het dan met de restrictie, dat deze fictie alleen geldt, als de bestuurder onbekend is dan wel — grof gezegd — niet op aanmaning van het OM alsnog door de eigenaar wordt bekend gemaakt.’⁸⁹⁰

In deze zienswijze was het bekend maken van de identiteit van de bestuurder een aansprakelijkheidsuitsluitingsgrond. Rummelink stelde dat de wetgever de woorden ‘slechts dan’ had toegevoegd aan art. 40 lid 2 WVV om een herhaling van het Dordrechtse Autobusdienst-arrest te voorkomen:

‘De gecursiveerde woorden ‘slechts dan’ die (...) in art. 32 MRW niet voorkwamen zijn (...) toegevoegd om aan te geven dat dit het enige geval is, waarin de aansprakelijkheid van de eigenaar wordt opgeheven. Algemeen wordt aangenomen, dat de wetgever aldus heeft willen uitsluiten de mogelijkheid voor de eigenaar zich daarnaevens te beroepen op een andere strafuitsluitingsgrond, bv. afwezigheid van alle schuld, hetgeen Uw Raad — 19 okt. 1931 NJ 1932 p. 765 [Dordrechtse Autobusdienst-arrest] — onder vigeur van art. 32 MRW had toegestaan.’⁸⁹¹

Rummelink nam aan dat de wetgever in art. 40 WVV heeft geprobeerd om een beroep op afwezigheid van alle schuld uit te sluiten. Dat de wetgever dit zou kunnen doen, was door de Hoge Raad in 1916 in het Water en melk-arrest nog expliciet benadrukt. Volgens hem zou dat de rechter echter niet mogen weerhouden van een onderzoek

⁸⁹⁰ Conclusie Rummelink bij HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78.

⁸⁹¹ Conclusie Rummelink bij HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78.

naar de (on)schuld van de verdachte. Aan het achterwege laten van een dergelijk onderzoek zou art. 6 lid 2 van het EVRM volgens R Emmelink in de weg staan:

‘Het komt mij echter voor, dat krachtens art. 6 lid 2 van het Verdrag van Rome, volgens hetwelk ieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, voor onschuldig wordt gehouden, totdat zijn schuld volgens de wet wordt bewezen (...) de rechter zich nochtans met de vraag van schuld of onschuld van de verdachte mag bezighouden.’⁸⁹²

Het bepaalde in art. 6 EVRM bracht volgens R Emmelink met zich mee dat aan de justitiabelen op een behoorlijke manier recht moest worden gedaan. Onderdeel daarvan was volgens hem een ‘royale en loyale’ uitleg van art. 6 lid 2 EVRM en de daarin genoemde schuld:

‘Wij zouden deswege willen pleiten voor een royale en loyale — kortom voor ons rechtsstelsel reële, want daarop afgestemde — toepassing van dit artikellid. Ik meen niet, dat er iets tegen is, zeker ook niet uit internationaal-rechtelijk oogpunt, wat wel het geval zou kunnen zijn als wij het ‘te krenterig’ zouden uitleggen.’⁸⁹³

Voor de onderhavige zaak betekende dat, zo concludeerde R Emmelink, dat het de rechtbank ‘geoorloofd’ was om de ‘afwezigheid van alle schuld-norm’ toe te passen. De enkele overweging dat het niet bekend worden van de bestuurder de verdachte niet verweten kon worden, omdat de aanmaning tot het bekend maken van de bestuurder pas twee maanden na het plegen van het delict was gevolgd, kon het ontslag van alle rechtsvervolging echter niet dragen:

‘Het enkele feit, dat iemand pas na twee maanden wordt benaderd om inlichtingen te geven, betekent toch niet, dat hij die informatie niet KAN verschaffen.’⁸⁹⁴

R Emmelink was dus van mening dat de wetgever in art. 40 WvW de mogelijkheid van een succesvol beroep op een andere strafuitsluitingsgrond dan de in lid 2 genoemde omstandigheid heeft willen uitsluiten. Maar hij concludeerde dat de rechter zich op basis van art. 6 EVRM toch mocht uitspreken over de schuld van de verdachte.

⁸⁹² Conclusie R Emmelink bij HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78.

⁸⁹³ Conclusie R Emmelink bij HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78, Vgl. De Hullu die jaren later constateerde: ‘Vooral door de aanvaarding van de schulduitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (...) lijkt de praesumptio innocentiae in het materiële strafrecht op een betrekkelijk royale wijze te zijn gewaarborgd.’ Vgl. De Hullu 2000, p. 201.

⁸⁹⁴ Conclusie R Emmelink bij HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78. Kapitalen origineel.

In zijn arrest ging de Hoge Raad niet op deze stelling van Remmelink in. De Hoge Raad overwoog dat straffeloosheid van de eigenaar op grond van art. 40 WVV blijkens de wetsgeschiedenis alleen mogelijk was als de bestuurder bekend werd gemaakt of de eigenaar aannemelijk maakte dat tegen zijn wil van zijn motorrijtuig gebruik was gemaakt:

‘[D]at blijkens de MvT op het Ontwerp van Wet, dat tot de Wegenverkeerswet heeft geleid, in het tweede lid van art. 40 de woorden ‘slechts dan niet, wanneer’ zijn opgenomen in stede van het minder stringente ‘niet, indien’ voorkomende in het tweede lid van het voordien geldende en nagenoeg gelijkkluidende art. 32 der Motor- en Rijwielwet, om daarmee aan te geven, dat het enige geval, waarin de aansprakelijkheid van de eigenaar of houder wordt opgeheven, dat is, hetwelk in het tweede lid wordt genoemd; dat, nu het bestreden vonnis niet inhoudt, dat aannemelijk is geworden, dat van het motorrijtuig, in de bewezenverklaring bedoeld, tegen de wil van gereq. is gebruik gemaakt en dat hij dit gebruik redelijkerwijze niet heeft kunnen beletten, het bij die uitspraak bevestigd ontslag van rechtsvervolging onvoldoende met redenen is omkleed;’⁸⁹⁵

De Hoge Raad casceerde de uitspraak van de rechtbank en verwees de zaak voor verdere afdoening naar het Hof Amsterdam. De zaak kreeg een vervolg in een uitspraak van de Hoge Raad van 28 april 1970 naar aanleiding van het cassatieberoep dat volgde op de uitspraak van het Hof Amsterdam.⁸⁹⁶ Ditmaal was door de verdachte bij het Hof een beroep gedaan op art. 40 lid 2, op welk verweer het Hof niet gemotiveerd had beslist. De Hoge Raad vernietigde opnieuw, ditmaal wegens schending van de artt. 358 en 359 lid 2 Sv.⁸⁹⁷

Inhoudelijk bleef de Hoge Raad bij zijn standpunt over het tweede lid van art. 40 WVV, zoals geformuleerd in het net besproken arrest van 3 juni 1969 (NJ 1970, 78).⁸⁹⁸ Enschedé greep de annotatie bij dit arrest aan om zijn mening te geven over de aansprakelijkheid die art. 40 WVV vestigde. Volgens hem bestond de gedraging die art. 40 bestraft niet uit een verkeersovertreding, maar uit het niet bekend maken van de bestuurder.

⁸⁹⁵ HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78.

⁸⁹⁶ HR 28 april 1970, NJ 1971, 220, m.nt. Enschedé.

⁸⁹⁷ Opvallend detail is dat Gerechtshof Den Haag waar de zaak door de Hoge Raad naar werd verwezen de verdachte op 8 juli 1970 vrijsprak, omdat naar het oordeel van het Hof niet bewezen was dat destijds met de auto met het kenteken 28-59-EE was gereden, aldus Enschedé in zijn noot.

⁸⁹⁸ HR 3 juni 1969, NJ 1970, 78.

‘Aansprakelijk is de eigenaar derhalve alleen, als hij nagelaten heeft, van die termijn gebruik te maken. Anders gezegd: de wet eist voor de strafbaarheid van de eigenaar wel degelijk een gedraging: het nalaten, de bestuurder bekend te maken; zonder dit nalaten geen strafbaarheid.’⁸⁹⁹

Enschedé lijkt zich daarmee aan te sluiten bij het standpunt dat Pompe naar aanleiding van het Dordrechtse Autobusdienst-arrest had verdedigd over de grondslag voor de aansprakelijkheid van de eigenaar.⁹⁰⁰ Ook volgens Enschedé bestraft art. 40 WVV in de kern het nalaten van de eigenaar om de bestuurder bekend te maken. In zijn ogen was art. 40 een zelfstandig delict en niet, zoals Remmelink had gesteld, een ‘botte’ verplaatsing van de aansprakelijkheid voor de verkeersovertreding van de (onbekende) bestuurder naar de eigenaar:

‘Art. 40 bevat dus in het eerste lid een deliktsomschrijving met als dader de eigenaar en als gedraging het nalaten de bestuurder bekend te maken. In dit voorschrift is geïmpliceerd de materiële, tot de eigenaar gerichte gedragsnorm: Gij zult, indien het OM U daartoe uitnodigt, de naam van de bestuurder bekend maken.’⁹⁰¹

In deze opvatting werd de eigenaar dus niet bestraft voor een strafbaar feit dat een ander dan de eigenaar had gepleegd. De eigenaar werd bestraft voor een eigen gedraging, namelijk het nalaten de bestuurder bekend te maken. Problematisch werd het echter als de eigenaar de bestuurder niet bekend kon maken door omstandigheden buiten zijn schuld, die niet onder het tweede lid van art. 40 vielen. Want, zo concludeerde Enschedé:

‘Het tweede lid van art. 40 bevat –welke opvatting men ook verkiest – een strafuitsluitingsgrond met een exclusieve pretentie.’⁹⁰²

Dat de Hoge Raad de bewoordingen van het tweede lid van art. 40 zodanig had geïnterpreteerd dat daarnaast geen andere verweren tot straffeloosheid konden leiden, betreurde Enschedé. Maar volgens hem moesten de bezwaren tegen de uitleg van art. 40 worden gericht tot de wetgever, niet tot de Hoge Raad. De boodschapper, of in dit geval, de uitlegger van de wet kon, zo meende hij, niet verweten worden dat de aansprakelijkheid van art. 40 WVV geen ruimte bood voor een geslaagd beroep op avas:

⁸⁹⁹ HR 28 april 1970, NJ 1971, 220, m.nt. Enschedé.

⁹⁰⁰ Zie hiervoor paragraaf 3.3.

⁹⁰¹ HR 28 april 1970, NJ 1971, 220, m.nt. Enschedé.

⁹⁰² HR 28 april 1970, NJ 1971, 220, m.nt. Enschedé.

‘In de opvatting, dat art. 40 geen delikt omschrijft, maar slechts aansprakelijkheid voor andermans delikt schept, kan men daarmee nog vrede hebben; het kwaad — de afwijking van de beginselen van goed strafrecht — is dan als het ware al door het invoeren van de aansprakelijkheid zelf geschied, en art. 40.2 voegt daar niets meer aan toe. Maar als men inziet, dat art. 40.1 een eigensoortige deliktsomschrijving omvat, moet men dit arrest van de HR betreuren.’

Toch was hij van mening, en daarin verschilde zijn standpunt van de door Remmelink verdedigde visie, dat een beroep op het EVRM niet nodig was om de aansprakelijkheid in art. 40 WvW zoals die door de Hoge Raad werd opgevat, als strijdig met de beginselen van goed strafrecht te beschouwen.

‘Het komt me voor, dat ook zonder een beroep op het Verdrag van Rome kan worden ingezien dat de wetgever — ook de wetgever — het beginsel, dat geen straf mag worden toegepast waar geen schuld is, niet opzij kan zetten. Stel eens, dat de eigenaar lijdende was aan een psychose: zou men menen, dat art. 40.2 een beroep op art. 37.1 Sr. opzij zou kunnen zetten? Mij dunkt: neen: ook de wetgever is aan zekere beginselen van strafrecht gebonden.’⁹⁰³

Enschedé zag het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ dus als een fundamenteel beginsel van strafrecht waaraan ook de wetgever geen afbreuk kon doen. De consequentie van de door Enschedé verdedigde mening over art. 40 was dat er naast het bepaalde in het tweede lid toch ook ruimte behoorde te zijn voor straffeloosheid wegens het ontbreken van alle schuld aan het niet bekend worden van de bestuurder:

‘In het tweede lid van art. 40 zien nu de woorden ‘Het bepaalde bij het eerste lid geldt slechts dan niet’ slechts op de vraag naar de strafbaarheid van het feit: (...) de strafbaarheid valt alleen weg, als hij aannemelijk kan maken dat de auto tegen zijn wil is gebruikt en dat hij dat niet heeft kunnen verhinderen. Maakt hij dat niet aannemelijk, dan ‘geldt het bepaalde bij het eerste lid’ voor hem, uiteraard: behoudens de mogelijkheid, dat hij met betrekking tot dit wederrechtelijke en strafbare feit een beroep kan doen op een grond, die zijn persoon wegens ontbreken van schuld straffeloos maakt.’⁹⁰⁴

Met deze benadering kon art. 40 gehandhaafd blijven en kon toch in ruimere mate recht worden gedaan aan het schuldbeginnel. Daarnaast kon zo voorkomen worden dat de rechter op zoek moest naar andere ‘oplossingen’ om een uitspraak te kunnen doen die in overeenstemming was met het schuldbeginnel.

⁹⁰³ HR 28 april 1970, NJ 1971, 220, m.nt. Enschedé.

⁹⁰⁴ HR 28 april 1970, NJ 1971, 220, m.nt. Enschedé.

4.1.3. NJ 1973, 123

De vraag of de eigenaar in art. 40 WVV werd bestraft voor de gedraging van een ander kwam in een uitspraak van de Hoge Raad van 21 november 1972 opnieuw in cassatie aan de orde.⁹⁰⁵ De verdachte werd vervolgd in verband met twee parkeerovertredingen die een onbekend gebleven bestuurder met zijn auto had begaan en hij werd hiervoor op grond van art. 40 WVV aansprakelijk gehouden. In het cassatiemiddel werd gesteld dat art. 40 WVV in strijd was met art. 6 EVRM, omdat de eigenaar op grond van art. 40 WVV kon worden bestraft voor een door een ander gepleegd verkeersdelict.

In zijn conclusie ging P-G Langemeijer uitgebreid in op de verhouding tussen art. 40 WVV en art. 6 EVRM. Daarbij maakte hij onderscheid tussen de situatie waarin de eigenaar de bestuurder niet bekend maakte terwijl hij wel wist wie de bestuurder was en het geval waarin de eigenaar dit niet wist en de bestuurder dus ook niet bekend kon maken. Hij constateerde dat art. 40 WVV formeel niet in strijd was met art. 6 EVRM:

‘Samenvattend ben ik dus van mening dat art. 6 Verdrag van Rome toelaat een strafbepaling die iemand strafbaar stelt wegens eigen gedrag, onderworpen aan de strafuitsluitingsgrond van afwezigheid van schuld en aan de wettelijke rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden. De vraag is nu of art. 40 WVV aan dit criterium voldoet. Formeel naar mijn mening wel.’⁹⁰⁶

In het kader van de beoordeling van art. 40 in het licht van art. 6 EVRM was dus van belang wie op grond van art. 40 WVV met betrekking tot welke gedraging bestraft werd. Langemeijer sloot zich in zijn conclusie aan bij Enschedé, die inmiddels was toegetreden tot de Hoge Raad. Ook volgens Langemeijer was de eigenaar op grond van art. 40 aansprakelijk voor een eigen gedraging, namelijk het niet bekend maken van de bestuurder. Hij zag art. 40 WVV dus niet als een bijzondere aansprakelijkheidsregeling of een ‘eigensoortig’ delict, maar als een normaal strafbaar feit waarop de algemene beginselen van strafrecht van toepassing waren, inclusief het beginsel dat geen straf werd opgelegd als alle schuld ontbrak.

‘Ik meen namelijk niet dat art. 40, lid 2 en zijn geschiedenis, die kennelijk voor Uw Raad zwaar heeft gewogen, zou dwingen om iedere andere strafuitsluitingsgrond dan de daar genoemde van de hand te wijzen. (...) Dat men ook de algemene rechtvaardigings- en verontschuldigungsgronden van

⁹⁰⁵ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

⁹⁰⁶ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

ons strafrecht met hun diep in het wezen van dat recht verankerde strekking heeft willen doorbreken komt mij niet aannemelijk voor.⁹⁰⁷

Door de strafuitsluitingsgronden te beschouwen als een uitwerking van de in het wezen van het strafrecht verankerde beginselen, doet Langemeijers conclusie denken aan de manier waarop Pompe dacht over de plaats van het beginsel 'geen straf zonder schuld' in het strafrecht.

Eén aspect van art. 40 paste echter niet goed bij de theorie dat op grond van art. 40 het niet bekend maken van de bestuurder bestraft werd en dat was de hoogte van de straf. Hoewel de eigenaar steeds hetzelfde naliet, was de hoogte van de straf afhankelijk van het delict dat door de bestuurder was gepleegd. Dit werd met name een probleem als een ander dan de eigenaar een ernstig(er) verkeersdelict had begaan. Als gevolg van de 'doorschuif'-constructie van art. 40 WVV konden behalve geldboetes ook andere sancties aan de eigenaar worden opgelegd, zoals een gevangenisstraf of een langdurige ontzegging van de rijbevoegdheid. Dat het niet bekendmaken van de bestuurder kon worden bedreigd met zulke ingrijpende straffen, bracht Langemeijer tot de conclusie dat art. 40 in bepaalde gevallen buiten toepassing zou moeten blijven:

'Bij de mogelijkheid van zulk een bestraffing kan men naar mijn mening niet meer zeggen dat alleen bestraft wordt iemand wiens schuld aan een bepaald feit bewezen is in de zin van art. 6 Verdrag. Hij wordt gestraft naar evenredigheid van een ander feit dan waaraan hij schuld heeft. Dat schijnt mij in strijd, zoal niet met de letter van het Verdrag dan toch zo zeer met de geest ervan dat art. 40 m.i. buiten toepassing behoort te blijven.'⁹⁰⁸

Die verstrekkende consequentie heeft de Hoge Raad niet willen trekken. Wel ging de Hoge Raad mee in de gedachte dat art. 40 het niet bekend maken van de bestuurder bestraft. Volgens de Hoge Raad schond de eigenaar met het niet bekend maken van de bestuurder zijn zorgplicht:

'dat toch de in dat artikel vervatte regeling, waarbij de wetgever kennelijk er van is uitgegaan dat op de eigenaar of houder van een motorrijtuig de plicht rust om zorg te dragen dat met dat motorrijtuig geen overtredingen van verkeersvoorschriften worden begaan welke bij gebreke van een bekende dader onbestraft blijven, hierop neerkomt dat op niet-nakoming van die verplichting door de eigenaar of houder dezelfde straf is gesteld als die welke

⁹⁰⁷ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

⁹⁰⁸ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

is bedreigd tegen het strafbaar feit dat de onbekend gebleven bestuurder met het motorrijtuig heeft begaan;
 dat het artikel, aldus opgevat, de eigenaar of houder van een motorrijtuig strafbaar stelt als dader van een door hem begaan feit, bestaande in het niet nakomen van een op hem rustende verplichting;⁹⁰⁹

Art. 40 was volgens de Hoge Raad niet in strijd met art. 6 EVRM, omdat de eigenaar voor een door hem zelf gepleegd strafbaar feit werd gestraft. De strafbare gedraging waarvoor de eigenaar werd bestraft, was volgens de Hoge Raad niet het nalaten de bestuurder bekend te maken, maar het nalaten te zorgen dat met zijn motorrijtuig geen verkeersovertredingen worden begaan die onbestraft blijven, doordat de bestuurder niet bekend is geworden. Er was dus sprake van een soort 'ingekaderde' plicht tot het bekend maken van de bestuurder. Ook deze benadering bood geen verklaring voor de wisselende hoogte van de straf en waarom deze afhankelijk was van het gepleegde verkeersfeit. In zijn arrest ging de Hoge Raad niet in op dit aspect van art. 40.

Bronkhorst schreef een annotatie bij deze uitspraak van de Hoge Raad. Daarin liet hij zich zeer kritisch uit over de interpretatie die de Hoge Raad in het arrest van 21 november 1972 aan art. 40 WVV gaf.⁹¹⁰ Toch verkoos hij de interpretatie van de Hoge Raad boven de door Enschedé en Langemeijer voorgestelde lezing van art. 40, omdat in de lezing van de Hoge Raad het maatschappelijk belang van de handhaving van de verkeersveiligheid beter tot zijn recht kwam. De draai die de Hoge Raad in dit arrest aan art. 40 WVV gaf, was volgens hem echter op de grens van het toelaatbare:

'Het bedenkelijke van de uitleg, waarmee de HR art. 40 tracht te sauveren, is evenwel dat in art. 40 van de door de HR bedoelde verplichting en de strafbaarheid van het niet-nakomen daarvan met geen woord wordt gesproken. (...) Te zeggen dat een regeling in een wetsartikel daarop neerkomt dat daarin strafbaar wordt gesteld de niet-nakoming van een verplichting, waaromtrent in het toegepaste artikel zelf als zodanig in het geheel niets is te vinden, lijkt mij een redenering waarvan de toelaatbaarheid voor het terrein van het strafrecht zeer valt te betwijfelen.'⁹¹¹

Zijn grootste bezwaar was dat uit de wettekst van art. 40 niet bleek, dat het in de kern ging om een zorgplicht van de eigenaar. Door een zorgplicht in art. 40 WVV in te lezen, had de Hoge Raad het ene gat met het andere gevuld: met deze interpretatie

⁹⁰⁹ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

⁹¹⁰ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

⁹¹¹ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

van art. 40 WWV werd weliswaar strijd met art. 6 EVRM vermeden, maar was art. 40 volgens hem mogelijk in strijd is met art. 7 EVRM en het legaliteitsbeginsel:

‘Weliswaar is door de interpretatie van de HR de klip van art. 6 Europees Verdrag omzeild (...) maar doemt nu op het obstakel van art. 7 van het Verdrag en art. 1 lid 1 Sr., waarin het nullum crimen sine lege-beginsel is neergelegd, met welk beginsel een strafrechtelijke aansprakelijkstelling met een aan verschillende strafbepalingen te ontleen sanctie voor het niet-nakomen van een niet geformuleerde verplichting moeilijk te verenigen is.’⁹¹²

Behalve de door Enschedé en Langemeijer verdedigde opvatting van art. 40 en de interpretatie van de Hoge Raad, was nog een andere lezing van art. 40 mogelijk. Bronkhorst stelde vast dat art. 40 ook kon worden gelezen als een soort risicoaansprakelijkheid voor de eigenaar voor strafbare feiten begaan met zijn auto, ‘een in het strafrecht ofschoon nog niet verdwenen maar toch altijd wat primitieve en verdachte figuur’. Bronkhorst koos echter niet voor deze oplossing. Ondanks zijn bezwaren tegen een interpretatie van art. 40 waarbij in art. 40 een zorgplicht voor de eigenaar werd gelezen, koos Bronkhorst, alles afwegende, voor de oplossing van de Hoge Raad.

De verdachte van het arrest van 21 november 1972 waarbij Bronkhorst zijn annotatie schreef, diende een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM). Daar stelde hij dat de boete die aan hem was opgelegd op grond van art. 40 WWV in strijd was met art. 6 lid 2 en art. 7 EVRM. De ECRM overwoog op 26 mei 1975 dat art. 40 noch art. 6 lid 2 noch art. 7 EVRM schond:

‘The Commission considers that traffic offences are of a criminal character. However, as regards Art. 7 of the Convention, it has first to be noted that under Art. 40(1) of the Dutch Traffic Code, which was in force when the parking offences in question were committed, the car owner was liable for such offences. Regardless of the interpretation given to this Article by the Supreme Court, the applicant was therefore by law guilty of the offences.

As regards the alleged violation of Arts. 6 (1) and (2), it has first to be noted that there is no evidence offered to show any failure by the Netherlands court to observe the requirements of Art. 6(1). The suggestion that the imposition of punishment on a person, who has not directly committed the punishable act, is a breach of its provisions is misconceived since Art. 6 (1) does not relate to the choice or actual imposition of sentence.

Secondly, the presumption of innocence under Art. 6 (2) does not come into question as the applicant was in fact found guilty according to law. His guilt under

⁹¹² HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

*Netherlands law is shown by the fact that his car was wrongly parked without his being able or willing either to name the driver or to establish that the car had been used against his will.*⁹¹³

De ECRM benaderde de aansprakelijkheid van de eigenaar anders dan we hiervoor in het Nederlandse debat zagen gebeuren. De lezing van art. 40 van de ECRM doet nog het meeste denken aan de benadering van Vrij, wat betreft de toepasselijkheid van het schuldbeginself. Volgens Vrij werd de toepassing van het schuldbeginself gereguleerd door het rechtsgevoel; dat betekende ook dat een beroep op avas niet altijd mogelijk hoefde te zijn. Dat de eigenaar aansprakelijk was voor de verkeersovertreding wanneer hij de bestuurder niet bekend kon of wilde maken, was naar het oordeel van de ECRM geen probleem.

4.2. Art. 40 WVV 1974

In 1973 werd in de Tweede Kamer een wetsontwerp ingediend tot wijziging van de WVV met betrekking tot de kentekenplicht voor op de weg staande motorrijtuigen.⁹¹⁴ Via een Nota van Wijziging werd in dat wetsontwerp ook een nieuwe formulering voor art. 40 WVV voorgesteld.⁹¹⁵ Op grond van dit voorstel kwam art. 40 te luiden:

Art. 40 WVV 1974

- ‘1. Hij, die met een motorrijtuig, waarmede een overtreding is begaan van een bij of krachtens deze wet gesteld voorschrift, heeft doen of laten rijden, is, indien de identiteit van de bestuurder, die de overtreding heeft gepleegd, niet kon worden vastgesteld, verplicht op de eerste vordering van een der in artikel 42 bedoelde personen binnen een daarbij te stellen termijn, die tenminste 48 uur bedraagt, de identiteit van de bestuurder bekend te maken.
2. Niet strafbaar is hij die, indien hij niet in staat is de identiteit van de bestuurder bekend te maken, de identiteit bekend maakt van degene, aan wie hij het motorrijtuig ter beschikking heeft gesteld.’⁹¹⁶

In de toelichting op de Nota van Wijziging werd gesteld dat de nieuwe formulering van art. 40 WVV noodzakelijk was geworden door de wijzigingen in de kentekenregistratie en de gevolgen daarvan voor het begrip ‘houder’. Om deze reden werd art. 40 algemener geformuleerd en richtte de voorgestelde bepaling zich tot ‘hij

⁹¹³ ECRM 26 mei 1975, appl.nr. 6170/73, D.R. 5, p. 39, NJ 1975, 508 m.nt. Van Veen (Winterwerp tegen Nederland).

⁹¹⁴ Kamerstukken II 1973/74, 12637, nrs. 1 en 2 (Ontwerp van wet).

⁹¹⁵ Kamerstukken II 1973/74, 12637, nr. 6 (Nota van Wijzigingen met toelichting).

⁹¹⁶ Kamerstukken II 1973/74, 12637, nr. 6 (Nota van Wijzigingen met toelichting), p. 8.

die doet of laat rijden'. Ook was het de bedoeling dat art. 40 in de aangepaste versie meer overeenstemde met de overwegingen van de Hoge Raad in het in de vorige paragraaf besproken arrest van 21 november 1972:

'Het aldus herschreven artikel 40 is voor wat betreft de redactie thans tevens in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad. (...) Het artikel dient volgens de Hoge Raad niet aldus gelezen te worden, dat op de eigenaar of houder van een motorrijtuig een risico-aansprakelijkheid voor de gedragingen van een ander rust. In het huidige artikel 40 blijft de strafbedreiging evenwel afgeleid van het door de bestuurder gepleegde strafbare feit.'⁹¹⁷

Het nieuwe art. 40 zou dus, als het voorstel wet werd, beter tot uitdrukking brengen wat de Hoge Raad in zijn arrest van 21 november 1972 in art. 40 WVV had gelezen. De wijziging werd daarom gepresenteerd als een 'technische aanpassing' van de bestaande wettekst op ondergeschikte punten. Een consequentie van de nieuwe formulering van art. 40 WVV was dat de rol van de eigenaar en diens schuld niet langer relevant was, omdat degene die deed of liet rijden werd aangesproken. Ook het probleem dat de hoogte van de straf afhankelijk was van het gepleegde feit, werd met deze wetswijziging opgelost. Het niet nakomen van art. 40 was voortaan afzonderlijk strafbaar op grond van art. 35 lid 3 WVV. De eigenaar kon worden gestraft met maximaal drie maanden hechtenis of een boete van duizend gulden. Bij de behandeling van het wetsontwerp in Tweede en Eerste Kamer is verder geen aandacht besteed aan de nieuwe formulering van art. 40 WVV. Het herschreven art. 40 WVV trad op 3 oktober 1974 in werking.⁹¹⁸

Op het nieuwe art. 40 kwam al snel kritiek. De bepaling was voor de praktijk onhanteerbaar, stelde Niemeijer, arrondissementsofficier van justitie in Leeuwarden. Hij vreesde dat het hele handhavingsbeleid door art. 40 WVV 1974 op losse schroeven zou komen te staan.⁹¹⁹

'Het is nu al zo dat het percentage van de bekeurden dat de politietransactie betaalt met sprongen omlaag gaat. In den lande kan men al horen vertellen dat als je bekeurd bent, je dat dan niet moet afkopen, want dan hoor je er namelijk later niets meer van. En dat was nog onder de oude regeling.

Thans moet het niet reageren als een verdachte "op nummer werd bekeurd" in ieder geval volle winst opleveren, omdat dan niet bewezen kan worden dat

⁹¹⁷ *Kamerstukken II 1973/74*, 12637, nr. 6 (Nota van Wijzigingen met toelichting), p. 13-14.

⁹¹⁸ Op grond van de wet van 26 sept 1974, Stb. 546.

⁹¹⁹ Niemeijer 1975, p. 76.

de eigenaar zelf de overtreding heeft begaan, noch dat hij met het motorrijtuig heeft laten rijden.⁹²⁰

Niemeijer vreesde dat de herziene versie van art. 40 ertoe zou leiden dat verkeersovertredingen vaker niet dan wel bestraft konden worden. Ook Van Veen was enkele jaren later kritisch over de wijziging van art. 40 die onder het mom van een technische aanpassing was doorgevoerd. De door de wetgever gesuggereerde samenhang tussen art. 40 en de kentekenregistratie was er volgens hem niet. Het bepaalde in art. 40 had niets te maken met de kentekenplicht van op de weg staande motorrijtuigen, stelde hij.⁹²¹ Bovendien betwijfelde hij of het gewijzigde art. 40 een verbetering was.

‘De belangrijkste ‘verbetering’, die bij het overnemen van dit voorstel is aangebracht, is het weglaten van het begrip ‘eigenaar of houder’. De aanvulling, die van het stellen van een minimum termijn, die aan de tot het noemen van de bestuurder gevorderde persoon wordt gelaten, heeft geen betekenis. (...) Wel werd als bezwaar gevoeld dat de aanmaning soms zo lang, nadat het feit was geconstateerd, werd gedaan, maar aan die behoefte, om dáárvoor een termijn te stellen, voldeed het nieuwe art. 40 WVV niet!’⁹²²

Dat de wetgever juist het ontbreken van een termijn waarbinnen de aanmaning tot het bekend maken van de bestuurder moest worden gedaan, niet beter had geregeld, bleek in de praktijk inderdaad een probleem. In het hierna te bespreken arrest werd de (eerste) aanmaning tot het bekendmaken van de bestuurder gedaan op 2 december 1974, terwijl de overtreding op 14 februari 1974 was geconstateerd; dat is bijna tien maanden later. Naar aanleiding van de wijziging van art. 40 in 1974 concludeerde Van Veen dat de herformulering van art. 40 niet goed doordacht leek:

‘Vraagt men zich nog eenmaal af ‘wie reed te snel?’, dan luidt het antwoord: de wetgever van 1974.’⁹²³

4.3. NJ 1976, 187

Op 14 februari 1974, voor het nieuwe art. 40 in werking trad, reed een onbekend gebleven bestuurder met de auto van de verdachte door rood. De eigenaar werd op 2 december van dat jaar gemaand de bestuurder bekend te maken. Aangezien

⁹²⁰ Niemeijer 1975, p. 76.

⁹²¹ Van Veen 1981, 341.

⁹²² Van Veen 1981, p. 341.

⁹²³ Van Veen 1981, p. 344.

het herziene art. 40 WVV op 3 oktober 1974 in werking was getreden, werd de aanmaning gedaan op basis van het nieuwe art. 40 WVV. Daardoor rees de vraag welke versie van art. 40 op de verdachte van toepassing was. De kantonrechter was van oordeel dat het nieuwe art. 40 gunstiger was voor verdachte en paste die bepaling toe. Aangezien de tenlastelegging nog was toegesneden op het oude art. 40, kwam de kantonrechter vervolgens tot de conclusie dat de bewezenverklaring niet alle bestanddelen van het nieuwe art. 40 bevatte en ontsloeg de kantonrechter de verdachte van alle rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van het feit.

De Hoge Raad oordeelde ook dat het nieuwe art. 40 geen voortzetting van het eerdere art. 40 was, maar een andere strafbepaling. De nieuwe strafbepaling was in het onderhavige geval voor de verdachte naar het oordeel van de Hoge Raad de meest gunstige bepaling. De wijziging van art. 40 getuigde volgens de Hog Raad van een veranderd inzicht van de wetgever: kennelijk achtte de wetgever de gedraging die op grond van art. 40 (oud) strafbaar was niet meer strafwaardig:

‘[D]at art. 40 WVV, zoals dit art. luidde (...) strafbaar stelde het niet nakomen van de verplichting om zorg te dragen dat met een motorrijtuig, zoals in dat artikel nader aangeduid, geen overtredingen van verkeersvoorschriften worden begaan welke bij gebreke van een bekende dader onbestraft blijven;
dat deze strafbaarstelling bij de inwerkingtreding van laatstgenoemde wet is komen te vervallen, naar moet worden aangenomen omdat de wetgever het niet nakomen van bedoelde verplichting niet strafwaardig oordeelde;
dat bij genoemde wijzigingswet weliswaar, eveneens in art. 40 WVV — i.v.m. art. 35 van die wet —, een nieuwe strafbepaling is ingevoerd, doch deze betreft het niet nakomen van de verplichting, in de daar genoemde omstandigheden, de bestuurder van een motorrijtuig bekend te maken;
dat derhalve moet worden gesproken van een verandering in de wetgeving als bedoeld in art. 1, tweede lid, Sr.;
dat uit het voorgaande volgt dat na de inwerkingtreding van voormelde Wet van 26 sept. 1974 ter zake van overtreding van het voordien geldende eerste lid van art. 40 WVV geen straf meer kan worden opgelegd, zodat de Ktr., wat er zij van de door hem bevestigde gronden, gereq. terecht van rechtsvervolging heeft ontslagen;’⁹²⁴

Het ontslag van alle rechtsvervolging bleef dus in stand. Gezien de toelichting op het wijzigen van art. 40 in 1974, vermoedde Van Veen dat deze uitspraak een verrassing is geweest voor de opstellers van het wetsontwerp. Uit de toelichting op de Nota van Wijziging die leidde tot de wijziging van art. 40 bleek tenslotte dat het juist de

⁹²⁴ HR 16 december 1975, NJ 1976, 187 m.nt. Van Veen.

bedoeling was geweest beter aan te sluiten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁹²⁵ In elk geval werd het na 1974 in de jurisprudentie erg stil, zo constateerde Van Veen. Het probleem was volgens hem dat bewezen moest worden wie had doen of laten rijden en wanneer de eigenaar zweeg, kon niet bewezen worden dat hij zelf had gereden of had doen of laten rijden.⁹²⁶

4.4. Art. 40 en 41 WVV 1988

Door een combinatie van factoren leverde art. 40 WVV zoals dat in 1974 was ingevoerd in de praktijk problemen op. Het verkeer nam in de jaren '70 steeds sterk toe. Evenredig daarmee steeg het aantal verkeersongelukken, terwijl ook de hoeveelheid verkeersgeboden en -verboden toenam. Deze ontwikkelingen leidde tot een 'modernisering en rationalisering van de opsporing', onder andere door de introductie van de rood licht-camera.⁹²⁷ Dit betekende dat steeds meer verkeersovertredingen via technische middelen werden geconstateerd, waardoor het aantal delicten begaan door onbekend gebleven bestuurders sterk toenam. Anderzijds was als gevolg van de wijziging in 1974 de handhaving van de op kenteken geconstateerde feiten op basis van art. 40 WVV 'aanzienlijk bewerkelijker' geworden.⁹²⁸

Doordat art. 40 gericht was op het bestraffen van de bestuurder, moest voor de vervolging van een verkeersdelict begaan door een bestuurder wiens identiteit niet gelijk was vastgesteld veel moeite worden gedaan. Aangezien art. 40 zich richtte tot degene die heeft 'doen of laten rijden' met de auto, moest eerst worden uitgezocht wie dat was, om van hem te kunnen vorderen dat hij de identiteit van de bestuurder bekend maakte. Door niet te reageren kon de aangesprokene een vervolging op grond van art. 40 heel lang belemmeren, zo werd gesteld in de Memorie van Toelichting bij een wetswijziging van art. 40 in de jaren tachtig van de vorige eeuw:

'Het huidige artikel 40 daarentegen staat in het teken van een onderzoek naar de identiteit van de bestuurder. De weg die artikel 40 daartoe wijst loopt over "hem die met het motorrijtuig heeft doen of laten rijden"; immers deze – en niet de eigenaar of houder – is desgevorderd op straffe verplicht de bestuurder te noemen. Dat betekent dat, alvorens de vordering kan worden gedaan, een nader onderzoek moet worden ingesteld naar de vraag wie met het motorrijtuig heeft doen of laten rijden.(...) Slaagt de politie er ondanks alles in

⁹²⁵ Van Veen 1981, p. 341-342.

⁹²⁶ Van Veen 1981, p. 342.

⁹²⁷ *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 3, p. 7 (MvT).

⁹²⁸ *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 3, p. 23 (MvT).

te achterhalen wie met het motorrijtuig heeft doen of laten rijden en wordt van hem gevorderd de bestuurder bekend te maken, dan staat de huidige regeling hem toe in plaats daarvan degene aan te wijzen aan wie hij het motorrijtuig ter beschikking heeft gesteld. Dit sluit de mogelijkheid in dat deze de bestuurder is geweest, dan wel op zijn beurt weer heeft doen of laten rijden, zodat het onderzoek ook in dat stadium moet worden voortgezet. (...) Dat verzwaart de taak van de opsporingsorganen aanzienlijk omdat, reageren de aangeschreven of anderszins benaderde personen niet, voor de afdoening van de zaak verdere tijdrovende recherche nodig is.⁹²⁹

Effectuering van de vervolging werd – door de formulering van art. 40 – dus afhankelijk van de vrijwillige medewerking van de kentekenhouders. Dat leidde ertoe dat veel energie moest worden gestoken in het opsporen van de bestuurder, ook voor een relatief lage boete. In combinatie met het steeds massaler geworden verkeer, bracht dat de handhaving van de verkeersveiligheid in gevaar.

‘Het gaat hier om de afdoening van honderdduizenden zaken per jaar, merendeels kleine zaken die hun belang alleen ontleen juist aan hun massaliteit en het effect dat daarvan uitgaat op de verkeersorde en de verkeersveiligheid. Het laat zich verstaan dat een en ander een onevenredig zwaar beslag legt op de opsporings- en verwerkingscapaciteit van gemeente- en rijkspolitie.’⁹³⁰

Door de verzwaring van de werklast per zaak en de toename van het aantal geconstateerde overtredingen konden politie en justitie de afdoening van relatief eenvoudige verkeerszaken eigenlijk niet langer aan.⁹³¹ Deze situatie leidde tot een hernieuwde interesse in de mogelijkheden om eenvoudige zaken, zoals verkeersovertredingen, op een andere manier af te doen.

Naast een theoretische interesse was er in de loop van de jaren '70 door de problemen in de praktijk met art. 40 WvW ook een groot praktisch belang bij een herbezinning op de afdoening van eenvoudige zaken, zoals verkeersovertredingen. Vanwege deze problemen werd Enschedé in 1979 door het Ministerie van Justitie benaderd om een voorstel te doen ter verbetering van art. 40 WvW. Hem werd gevraagd om een voorontwerp voor art. 40 te maken dat de problemen met dat artikel in praktijk en rechtspraak zou oplossen. Uitgangspunt van het ontwerp vormde het gegeven dat verbalisering op kenteken voor grote aantallen kleine verkeersovertredingen

⁹²⁹ *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 3, p. 7 (MvT).

⁹³⁰ *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

⁹³¹ *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 3, p. 7-8 (MvT); zie ook de brief van de Minister van Justitie van 17 juni 1982, *Kamerstukken II* 1981-1982, 17478, nr. 1, p. 1-2.

onvermijdelijk was.⁹³² In zijn voorstel maakte Enschedé onderscheid tussen de vervolging van verkeersmisdrijven en de vervolging van verkeersovertredingen. Volgens hem was de vervolging van de verkeersovertredingen het knelpunt en dus richtte zijn voorstel zich (alleen) op de afdoening van de overtredingen:

‘Het nieuwe stelsel wil vooral voorzien in de oplossing van het massale probleem: hoe komt men in die honderdduizenden kleine zaken met behoud van de vereiste rechtswaarborgen tot een billijke, doelmatige en efficiënte stijl van afdoening?’⁹³³

Vanuit dat perspectief stelde hij voor om de werkingssfeer van art. 40 te beperken tot overtredingen en de op te leggen sancties te beperken tot de geldboete. De misdrijven werden door hem dus buiten de voorgestelde regeling gehouden.

De Minister van Justitie maakte een andere keuze en het wetsontwerp stelde behalve een nieuw art. 40 ook een nieuw art. 41 voor. Terwijl op grond van art. 40 de eigenaar aansprakelijk kon worden gesteld voor de overtredingen begaan met zijn motorrijtuig door een onbekend gebleven bestuurder, werd de eigenaar op grond van art. 41 verplicht de bestuurder bekend te maken, als het begane feit een misdrijf was.

‘Artikel 40

1. Indien een bij of krachtens deze wet als overtreding strafbaar gesteld feit wordt begaan door een bij de ontdekking van het feit onbekend gebleven bestuurder van een motorrijtuig, kan de eigenaar of houder van dat motorrijtuig voor dat feit aansprakelijk worden gesteld en gestraft met de op het feit gestelde geldboete voor zover deze niet reeds naast de bestuurder voor dat feit aansprakelijk is.
2. Het bepaalde in het eerste lid geldt niet, indien de eigenaar of houder:
 - a. binnen veertien dagen na daartoe door een der in artikel 42 bedoelde personen in de gelegenheid te zijn gesteld, de naam en het volledige adres van de bestuurder heeft bekend gemaakt;
 - b. uiterlijk op de dag vóór die der terechtzitting, schriftelijk en onder vermelding van de zaak en de dag der terechtzitting, de naam en het volledige adres van de bestuurder aan het openbaar ministerie bekend maakt;
 - c. tijdens de terechtzitting, dadelijk na de ondervraging bedoeld in artikel 278 van het Wetboek van Strafvordering, de naam en het volledige adres van de bestuurder bekend maakt;

⁹³² *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 4, p. 20.

⁹³³ *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 4, p. 26.

- d. niet heeft kunnen vaststellen wie de bestuurder was en hem daarvan redelijkerwijs geen verwijt kan worden gemaakt.
- 3. Op straffe van nietigheid wijst de dagvaarding op het in het tweede lid, onder b en c, bepaalde.

Artikel 41

- 1. Indien een bij deze wet als misdrijf strafbaar gesteld feit wordt begaan door een bij de ontdekking van het feit onbekend gebleven bestuurder van een motorrijtuig, is de eigenaar of houder van dat motorrijtuig verplicht op vordering van een der in artikel 42 bedoelde personen binnen een daarbij te stellen termijn, die ten minste acht en veertig uren bedraagt, de naam en het volledige adres van de bestuurder bekend te maken.
- 2. Het bepaalde in het eerste lid geldt niet, indien de eigenaar of houder niet heeft kunnen vaststellen wie de bestuurder was en hem daarvan redelijkerwijs geen verwijt kan worden gemaakt.⁹³⁴

Hoewel het voorontwerp van Enschedé al in 1981 aan de Minister werd aangeboden, werd het wetsvoorstel tot wijziging van art. 40 pas in 1985 bij de Tweede Kamer ingediend. Kort daarvoor verscheen het rapport van de Commissie Mulder.⁹³⁵ Dit leidde uiteindelijk tot de gefaseerde invoering van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv) in 1990, die verder wordt besproken in de volgende paragraaf.⁹³⁶ Met de behandeling van het wetsontwerp tot wijziging van art. 40 en de invoering van art. 41 is gewacht tot het wetsvoorstel van de Commissie Mulder was uitgewerkt.⁹³⁷ Het wetsvoorstel tot wijziging van art. 40 WVV en de invoering van art. 41 WVV werd zonder beraadslaging aangenomen in de Tweede en Eerste Kamer.⁹³⁸

Begin jaren '90 werd het verkeersrecht opnieuw gestructureerd. Deze herziening leidde tot het verplaatsen van de artt. 40 en 41 WVV naar art. 165 en 181 WVV⁹⁴, maar niet tot inhoudelijke aanpassingen.⁹³⁹

⁹³⁴ *Kamerstukken II* 1984-1985, 19093, nr. 2, p. 1-2.

⁹³⁵ *Kamerstukken II*, 1987-1988 19093, nr. 7, p. 2 (MvA).

⁹³⁶ Barel 2006, p. 2.

⁹³⁷ *Kamerstukken II* 1987-1988 19093, nr. 7, p. 2 (MvA).

⁹³⁸ *Handelingen II* 54, p. 2925; *Handelingen I* 29 maart 1988, p. 20-715.

⁹³⁹ Stb. 1994, 475. Zie ook *Kamerstukken II* 2 1992-1993 22030, nr. 59 (Voorstel van wet zoals dat luidt na de daarin t/m 29 juni 1993 aangebrachte wijzigingen).

5. Een andere dan strafrechtelijke afdoening van eenvoudige verkeersovertredingen: de Wahv

5.1. De Commissie Mulder

5.1.1. Inleiding

Zoals hiervoor al werd geschetst, kwam het rapport van de Commissie Mulder voort uit een debat waarin de vraag werd onderzocht of eenvoudige verkeersovertredingen door middel van een lichtere procedure konden worden afgedaan dan de klassieke strafrechtelijke procedure. De vraag of het mogelijk was om eenvoudige zaken op een eenvoudiger wijze af te doen, was al in verschillende publicaties aan de orde geweest. Zo schreven Mulder en Belinfante in 1957 op uitnodiging van de Vereniging voor Administratief Recht een preadvies over de verhouding tussen administratieve sancties en straffen.⁹⁴⁰ De positie van de officier van justitie in het kader van het bestuurlijke strafrecht kwam in 1968 zijdelings aan de orde in het NJV-preadvies van Mostert naar aanleiding van de vraag 'Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?'.⁹⁴¹ In 1979 stond het onderwerp op de agenda van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. De Beaufort en De Wilde werden uitgenodigd te schrijven over het strafbevel of strafvoorstel. In 1980 volgde een studie van Tak, die op uitnodiging van het Ministerie van Justitie onderzoek deed naar de wijze waarop in Duitsland de *Ordnungswidrigkeiten* werden afgedaan.⁹⁴²

De discussie en met name de vraag welke concreet te nemen stappen mogelijk waren, kwam in 1981 in een stroomversnelling als gevolg van een pleidooi van Mulder voor de Centrale Politie Verkeerscommissie. Hij pleitte daar voor het langs administratiefrechtelijke weg afdoen van eenvoudige zaken zoals massaal gepleegde verkeersovertredingen.⁹⁴³ Volgens hem was de massaliteit van de verkeersovertredingen niet te wijten aan een gebrek aan bereidheid van burgers om zich in globale zin aan de verkeersregels te houden, maar aan de talrijkheid van plaatselijke ge- en verboden:

'Iemand stopt braaf bij 12 stoplichten, maar door het 13^e kan hij "nog net heen".'⁹⁴⁴

⁹⁴⁰ De verhouding tussen administratieve sancties en straffen, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht, Zwolle: H.D. Tjeenk Willink & zoon N.V. 1957.

⁹⁴¹ Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1968-I, p. 257 e.v.

⁹⁴² P.J.P. Tak, Strafbefehls- en Bussgeldverfahren: wijzen van afdoening van verkeersmisdrijven en verkeersordnungswidrigkeiten, Den Haag: Staatsuitgeverij 1980.

⁹⁴³ Mulder 1982, p. 25.

⁹⁴⁴ Mulder 1982, p. 25.

Ook de meest goedwillende burger begaat soms een verkeersovertreding, ook als die burger over het algemeen bereid is zich aan de verkeersregels te houden, stelde Mulder. Maar volgens hem verminderde de bereidheid tot naleving van de verkeersvoorschriften als de burger voortdurend met andere verkeersvoorschriften (lees: beperkingen) werd geconfronteerd. Daarom kwam het bij de naleving van de verkeersvoorschriften aan op controle en een reële kans op een sanctie, aldus Mulder.⁹⁴⁵ Op dit punt schoot art. 40 WVV tekort.

Volgens Mulder waren verkeersovertredingen minder geschikt voor afdoening binnen het strafrechtelijke kader. De gangbare strafrechtelijke procedure leende zich niet voor de snelle overheidsreactie die bij verkeersovertredingen nodig was ter bevestiging van de norm. Bovendien was er bij verkeersovertredingen geen sprake van opsporing in de traditionele zin van het woord, doordat verkeersovertredingen doorgaans werden vastgesteld als gevolg van gerichte controles, bijvoorbeeld ten aanzien van de snelheid. Ook van een geïndividualiseerde sanctie was geen sprake, doordat de hoogte van de geldboete werd vastgesteld aan de hand van vaste tarieven. Daarom was er, zo stelde Mulder, geen wezenlijk obstakel voor een administratiefrechtelijke afdoening van verkeersovertredingen, mits afstand zou worden gedaan van de vervangende hechtenis.⁹⁴⁶

Die administratieve regeling zou er in het kort op neerkomen dat het OM, als bestuursorgaan, zou gaan beslissen over het opleggen en de hoogte van de geldboete voor een geconstateerde overtreding. De overtreder zou tegen die beslissing bezwaar kunnen maken en vervolgens tegen de beslissing op bezwaar in beroep kunnen gaan bij de rechter. In het voorstel van Mulder voor de Centrale Politie Verkeerscommissie waren de beroepsgronden:

‘e. tegen deze beslissing [de beslissing op bezwaar, EHAVL] kan de overtreder beroep instellen bij de strafkamer van de rechtbank op één of meer van de volgende gronden:

- 1- Het feit is niet verboden
- 2- De overtreder treft geen enkele schuld
- 3- Bij het onderzoek en het nemen van de beslissing is enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur geschonden
- 4- De sanctie is niet evenredig aan de aard van het feit of de omstandigheden waaronder het is begaan;⁹⁴⁷

⁹⁴⁵ Mulder 1982, p. 25-26.

⁹⁴⁶ Mulder 1982, p. 26-27.

⁹⁴⁷ Mulder 1982, p. 27.

Zijn betoog was aanleiding voor de Kamerleden Faber en Nijpels om een motie in te dienen met het verzoek een commissie in te stellen die de mogelijkheden voor een vereenvoudigde afdoening van verkeersovertredingen op andere dan strafrechtelijke wijze zou onderzoeken.⁹⁴⁸ Bij de bespreking van een verkennende nota van het Ministerie van Justitie in de Vaste Commissie voor Justitie bleek er een meerderheid te zijn voor die verdere verkenning van de mogelijkheden om eenvoudige verkeersovertredingen langs administratiefrechtelijke weg af te handelen.⁹⁴⁹ Dit leidde tot de instelling van de Commissie Mulder op 30 november 1983.

5.1.2. Voorstel Commissie Mulder

De Commissie Mulder had de opdracht om de mogelijkheden voor vereenvoudigde afdoening van lichte overtredingen van verkeersvoorschriften te onderzoeken. Bij de installatie van de Commissie sprak Minister Korthals Altes de hoop uit dat het onderzoek van de Commissie snel tot een 'praktisch werkbaar resultaat' in de vorm van een ontwerp-voorstel van wet en ontwerp-Memorie van Toelichting zou leiden.⁹⁵⁰

Anderhalf jaar later presenteerde de Commissie Mulder haar rapport. Het belangrijkste onderdeel van dat rapport was het ontwerp-wetsvoorstel en de ontwerp-Memorie van Toelichting voor de Wet tot andere dan strafrechtelijke afdoening van inbreuken op bepaalde verkeers- en andere voorschriften (Wet andere dan strafrechtelijke afdoening).⁹⁵¹ Het doel van de regeling die de Commissie Mulder voorstelde was een effectieve handhaving met voldoende rechtsbescherming voor de kentekenhouders. Dit vertaalde zich in een regeling waarbij de disculpatiemogelijkheden van de kentekenhouders werden beperkt en de tenuitvoerlegging van boetes werd vereenvoudigd. Om de rechtsbescherming te waarborgen kon de kentekenhouders in bezwaar en beroep.⁹⁵²

Een regeling waarbij de disculpatiegronden werden beperkt en een vlotte tenuitvoerlegging mogelijk werd gemaakt, kon volgens de Commissie Mulder worden gerealiseerd door gedragingen in strijd met de verkeersvoorschriften niet langer als strafbare feiten te beschouwen. In het voorstel van de Commissie werden gedragingen in strijd met de verkeersvoorschriften omschreven als gedragingen die aanleiding waren voor de oplegging van een administratieve boete. Net als in het

⁹⁴⁸ Ingediend tijdens de behandeling van de justitiebegroting voor het jaar 1982 (Bijlage *Handelingen II* 1981-1982, 17100 VI, nr. 17).

⁹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1981-1982 17478, nr. 1, Verslag Vaste Commissie voor Justitie, UCV 23, 14 maart 1983.

⁹⁵⁰ Installatierede, Rapport Commissie Mulder 1985, p. 117.

⁹⁵¹ Rapport Commissie Mulder 1985, p. 59.

⁹⁵² Rapport Commissie Mulder 1985, p. 12 (hoofdpijnen wetsontwerp).

voorstel van Mulder uit 1982 kon degene aan wie een boete werd opgelegd tegen de boete bezwaar maken bij de officier van justitie en tegen diens beslissing in beroep gaan bij de administratieve kamer van de rechtbank.⁹⁵³ Deze regeling was uitgewerkt in de artt. 5, 8 en 9 van het ontwerp-voorstel van wet.

‘Artikel 5. Indien is vastgesteld dat de gedraging heeft plaatsgevonden met of door middel van een motorrijtuig waarvoor een kenteken is opgegeven, en niet aanstonds kan worden vastgesteld wie daarvan de bestuurder is, wordt de administratieve boete opgelegd aan degene op wiens naam ten tijde van de gedraging het kenteken was gesteld. Daarbij wordt hij gewezen op het bepaalde in artikel 8.

(...)

Artikel 8. Indien, in het geval van artikel 5, degene op wiens naam het kenteken is gesteld, aannemelijk maakt dat een ander op grond van een schriftelijk aangegane overeenkomst ten tijde van de gedraging feitelijk over het motorrijtuig beschikte, dan wel dat daarvan tegen zijn wil is gebruik gemaakt en dat hij dit gebruik redelijkerwijs niet heeft kunnen voorkomen, trekt de officier van justitie de beschikking in. In dat geval is hij bevoegd tot het opleggen van een administratieve boete aan degene die de gedraging heeft verricht. De artikelen 4, 6 en 7 zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel 9.

1. (...)

2. (...)

3. Het beroep kan worden ingesteld ter zake dat:

- a. Niet de gedraging heeft plaatsgevonden als in de beschikking is vermeld;
- b. De officier van justitie had moeten beslissen dat de omstandigheden waaronder de gedraging heeft plaatsgevonden, het opleggen van een boete niet konden billijken dan wel dat hij, gelet op de omstandigheden, waarin de betrokkene verkeert, een lager bedrag van de boete had moeten vaststellen;
- c. De officier van justitie ten onrechte de beschikking niet op grond van artikel 8 heeft ingetrokken; (...)⁹⁵⁴

⁹⁵³ Rapport Commissie Mulder 1985, p. 12-13.

⁹⁵⁴ Ontwerp voorstel van wet Rapport Commissie Mulder 1985, p. 62-63.

5.1.3. Wetsvoorstel Wahv

Het wetsvoorstel dat bij de Tweede Kamer werd ingediend week op een aantal ondergeschikte punten af van het ontwerp van de Commissie Mulder. Afgezien van enkele tekstuele wijzigingen kwam de inhoud van de artt. 5, 8 en 9 van het ingediende ontwerp evenwel overeen met de door de Commissie voorgestelde tekst. Over de grondslag van de aansprakelijkheid van de kentekenhouder in art. 5 vermeldde de Memorie van Toelichting dat die aansprakelijkheid in de eerste plaats was gebaseerd op de verantwoordelijkheid van de kentekenhouder voor wat er met zijn voertuig gebeurde.⁹⁵⁵ Doordat de kentekenhouder zich op grond van art. 8 van aansprakelijkheid kon bevrijden, bijvoorbeeld door het overleggen van een vrijwaringsbewijs waaruit bleek dat hij ten tijde van de overtreding geen eigenaar meer was van het voertuig, was deze 'risico-aansprakelijkheid' volgens de MvT gerechtvaardigd:

'In een dergelijk geval, waarvoor artikel 8 een voorziening biedt, zal de aangeschrevene dit laatste met behulp van het door hem ontvangen vrijwaringsbewijs kunnen aantonen bij de officier van justitie. Daarmee kan hij aantonen dat de administratieve sanctie ten onrechte aan hem is opgelegd, hetgeen aanvaardbaar maakt dat in artikel 5 de risico-aansprakelijkheid van de kentekenhouder als uitgangspunt wordt genomen.'⁹⁵⁶

De kentekenhouder was dus in beginsel aansprakelijk voor wat er met zijn auto gebeurde, tenzij hij over het gebruik van zijn auto in het geheel geen zeggenschap had gehad. Dat was bijvoorbeeld het geval wanneer de auto gestolen was of de kentekenhouder de auto verkocht had, maar de wijziging van eigenaar nog niet was verwerkt in het kentekenregister toen de overtreding werd geconstateerd. Anders dan in eerdere regelingen van de kentekenaansprakelijkheid in de Wegenverkeerswet was in dit wetsvoorstel geen disculpatiegrond opgenomen voor de situatie waarin een ander over het motorrijtuig had beschikt op het moment van de overtreding:

'De nu voorgestelde tekst is strakker en biedt de kentekenhouder minder mogelijkheden om aan te tonen dat niet hijzelf, maar iemand anders de gedraging heeft verricht. Dit hangt samen met ons uitgangspunt dat de kentekenhouder in beginsel aansprakelijk kan worden gesteld voor hetgeen er met zijn motorrijtuig gebeurt.'⁹⁵⁷

⁹⁵⁵ *Kamerstukken II 1987-1988, 20 329, nr. 3, p. 41-42 (MvT).*

⁹⁵⁶ *Kamerstukken II 1987-1988, 20 329, nr. 3, p. 41-42 (MvT).*

⁹⁵⁷ *Kamerstukken II 1987-1988, 20 329, nr. 3, p. 44 (MvT).*

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de wetgever omwille van de effectiviteit en snelheid van de overheidsreactie na een verkeersovertreding de mogelijkheden om aan aansprakelijkheid te ontkomen zo ver mogelijk wilde inperken.

Dit was ook de Kamerleden niet ontgaan en in de schriftelijke voorbereidingsronde werden daarom door de PvdA en de VVD vragen gesteld over de rechtsbescherming van de kentekenhouder. Zo vroegen de Kamerleden zich af of de kentekenhouder op grond van het wetsontwerp ook aansprakelijk kon worden gesteld voor gedragingen die hem niet konden worden toegerekend in de strafrechtelijke context.⁹⁵⁸

De Minister bevestigde dat hij van mening was dat het redelijk was om de kentekenhouder aansprakelijk te stellen voor een verkeersovertreding als een ander met toestemming van de kentekenhouder met diens auto had gereden. Ook als de kentekenhouder niet zelf de overtreding had begaan, was hij aansprakelijk omdat het begaan van een overtreding door een ander, nu deze met toestemming van de kentekenhouder met de auto had gereden, voor risico van de kentekenhouder kwam, zo stelde de Minister. De wet kende bovendien een voorziening voor de situaties waarin het niet redelijk was om een verkeersovertreding voor rekening van de kentekenhouder te laten komen, zoals wanneer de auto gestolen was:

‘Bij de stelling dat de kentekenhouder aansprakelijk wordt gesteld voor iets dat hem kennelijk niet kan worden toegerekend, tekenen wij aan dat wij ons op het standpunt stellen dat de kentekenhouder in beginsel aansprakelijk is voor hetgeen er met zijn voertuig geschiedt. Deze risicoaansprakelijkheid komt ons niet onredelijk voor. Zij brengt wel mee dat de kentekenhouder (...) zal moeten aantonen dat de auto ten tijde van de oplegging van de administratieve sanctie niet meer op zijn naam was gesteld. Dat behoeft voor de betrokkene, indien de overschrijving volgens de ter zake geldende wettelijke regeling is geschied, ook geen probleem op te leveren. In geval van diefstal zal de zaak evenmin moeilijk liggen. Door een afschrift van het proces-verbaal van aangifte van de diefstal van de auto over te leggen, zal aanstonds duidelijk zijn dat de administratieve sanctie ten onrechte aan hem is opgelegd.’⁹⁵⁹

De Minister lijkt te willen benadrukken dat de vaststelling van schuld van de kentekenhouder aan de verkeersovertreding voor zijn aansprakelijkheid ter zake van die overtreding geen vereiste was. Dat die aansprakelijkheid niet vervalt wanneer een ander met toestemming van de kentekenhouder van de auto gebruik maakt, was een gevolg van de wens van de wetgever om de handhaving zo efficiënt mogelijk te maken, zo blijkt ook uit een andere opmerking van de Minister:

⁹⁵⁸ *Kamerstukken II 1987-1988*, 20 329, nr. 5, onder andere op p. 2 en 5.

⁹⁵⁹ *Kamerstukken II 1987-1988*, 20329, nr. 6, p. 11 (MvA).

‘Deze leden meenden dat in de praktijk de kentekenhouder in de problemen zal geraken aangezien juist met zijn toestemming door een ander van het voertuig gebruik is gemaakt, hetzij door een lid van de familie, hetzij door iemand die het voertuig in leen heeft van een autoverhuurbedrijf. In beide gevallen zal inderdaad de kentekenhouder aansprakelijk zijn en dit achten wij ook juist. Zouden wij in de door deze leden genoemde gevallen een disculpatiemogelijkheid opnemen, dan lopen de politieke autoriteiten het risico van het kastje naar de muur te worden gestuurd. Onze opvatting is dat voor wat betreft de categorie verkeersovertredingen waarop dit wetsvoorstel betrekking heeft, uitgangspunt kan zijn dat degene op wiens naam het kenteken van de auto staat geregistreerd, in beginsel verantwoordelijk is voor hetgeen met zijn voertuig gebeurt.’⁹⁶⁰

De aansprakelijkheid van de kentekenhouder was dus geen strafrechtelijke aansprakelijkheid gebaseerd op schuld, maar een administratieve aansprakelijkheid op basis van de eigendom van de auto, zodat met relatief lage kosten de verkeersvoorschriften gehandhaafd konden worden. Dat, en het feit dat de enige sanctie een geldboete was, maakte de constructie ‘niet onredelijk’ zo stelde de Minister herhaaldelijk. Door de aansprakelijkheid vorm te geven als een soort risicoaansprakelijkheid waarvan de uiterste consequenties werden getemperd door bevrijdende omstandigheden zoals diefstal of verkoop, ontstond een systeem dat eigenlijk sterk doet denken aan de visie van Vrij en de (vooronderstelde) *culpa in eligendo* die volgens hem aan de kentekenaansprakelijkheid van art. 32 MRW ten grondslag lag.⁹⁶¹

De voorgestelde aansprakelijkheid sloot volgens de Minister goed aan bij de bestuurlijke handhaving, terwijl de (nieuwe) regeling van art. 40 WVV beter aansloot bij het strafrechtelijke handhavingsinstrumentarium, zo stelde de Minister:⁹⁶²

‘Kort gezegd komen de door ons gegeven beschouwingen er op neer dat de regeling van dit wetsvoorstel gestrenger is dan die van het nieuwe artikel 40 WVV, aangezien laatstgenoemd artikel de kentekenhouder meer mogelijkheden biedt om zich van de oplegging van een sanctie te vrijwaren. Het nieuwe artikel 40 past in een stelsel van strafrechtelijke handhaving; artikel 5 van dit wetsvoorstel sluit aan bij een stelsel van bestuurlijke handhaving. (...) Het

⁹⁶⁰ *Kamerstukken II* 1987-1988, 20329, nr. 6, p. 11 (MvA).

⁹⁶¹ Zie hiervoor par. 3.3. Mulder was leerling Vrij zie strafrecht onder spanning!

⁹⁶² Met het ‘nieuwe’ art. 40 bedoelde de Minister waarschijnlijk het op dat moment in voorbereiding zijnde art. 40 WVV dat uiteindelijk gesplitst zou worden in een art. 40 en 41 WVV. Zie par. 4.3.

administratiefrechtelijk karakter van de voorgestelde regeling brengt mee dat een risicoaansprakelijkheid bij een inbreuk op bepaalde verkeersvoorschriften aanvaardbaar is.⁹⁶³

Het verschil in rechtsbescherming en handhavingsmogelijkheden tussen het strafrecht en het bestuursrecht verklaarde volgens de Minister het verschil tussen art. 40 WVV en art. 5 van het wetsontwerp. Door de woorden van de Minister ontstaat de indruk dat hij van mening was dat de aansprakelijkheidsregeling ex art. 5 alleen mogelijk was, omdat het geen strafrechtelijke regeling betrof. Een groot verschil tussen het voorgestelde art. 5 en art. 40 WVV was dat de kentekenhouders op grond van de laatste bepaling 'niet zonder meer, maar in beginsel' aansprakelijk werd gesteld.⁹⁶⁴ Anders dan op grond van het voorgestelde art. 5 kon de kentekenhouders er op grond van art. 40 WVV voor kiezen om de bestuurder bekend te maken en zich zo van aansprakelijkheid bevrijden.

De Minister wees erop dat het verschil in aansprakelijkheidsregime ook samenhang met de feiten waarop de handhaving zag. Art. 40 WVV was voor de 'belangrijke verkeersvoorschriften', bij de feiten die langs deze weg werden gehandhaafd werd gestreefd naar bestraffing van de bestuurder. De Minister lijkt de aansprakelijkheid van de kentekenhouders daar als pressiemiddel te willen gebruiken om de kentekenhouders de bestuurder bekend te laten maken:

'Voor wat betreft de belangrijke verkeersvoorschriften, die ook in de toekomst strafrechtelijk gesanctioneerd blijven, menen wij dat van de eigenaar of houder mag worden verwacht dat hij er toe medewerkt dat met zijn motorrijtuig geen strafbare feiten worden begaan welke bij gebreke van een bekende dader onbestraft blijven. Die medewerking kan hij geven door zelf de boete te voldoen dan wel door de gebruiker bekend te maken. (...) In het laatste geval wordt recht gedaan aan het doel van de regeling: zorgen dat strafbare feiten, begaan door een onbekende bestuurder, gestraft worden.'⁹⁶⁵

De Minister las in art. 40 WVV dus conform eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad een zorgplicht voor de kentekenhouders: hij moest er door de straf te ondergaan of door de bestuurder bekend te maken voor zorgen dat strafbare feiten begaan met zijn auto niet onbestraft zouden blijven.

⁹⁶³ *Kamerstukken II 1987-1988, 20329, nr. 6, p. 12-13 (MvA)*

⁹⁶⁴ *Kamerstukken II 1987-1988, 20329, nr. 6, p. 13 (MvA)*.

⁹⁶⁵ *Kamerstukken II 1987-1988, 20329, nr. 6, p. 13 (MvA)*.

De VVD Kamerleden vroegen zich nadrukkelijk af of een strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder meer naar het bestuursrecht kon worden verplaatst.⁹⁶⁶

De Minister zag dat echter anders, want volgens hem was er geen sprake van een verplaatsing van het ene naar het andere rechtsgebied. Als art. 5 al iets was, dan was het een bestuursrechtelijke risicoaansprakelijkheid, zo stelde hij:

‘Uitgangspunt bij de in dit wetsvoorstel voorziene wijze van handhaving van verkeersvoorschriften is inderdaad dat de kentekenhouder in beginsel aansprakelijk is voor hetgeen er met zijn voertuig geschiedt. (...) Uit hetgeen ter zake in artikel 5 is opgenomen, blijkt duidelijk welke risico-aansprakelijkheid is bedoeld. Het is dezelfde risico-aansprakelijkheid die bij voorbeeld is geregeld in artikel 25, eerste lid, van de Woningwet. Ingevolge dit artikel wordt de aanschrijving tot verbetering van de woning gericht tot «degene, die als eigenaar of uit anderen hoofde tot het treffen van de voorzieningen bevoegd is», ook al treft hem voor de verwaarlozing geen verwijt.⁹⁶⁷

Door de aansprakelijkheid van de kentekenhouder te vergelijken met de aansprakelijkheid van de eigenaar van een woning op grond van art. 25 Woningwet, benadrukte de Minister nog eens dat een verwijt in zijn ogen geen voorwaarde was voor de aansprakelijkheid van de kentekenhouder, omdat de aansprakelijkheid gebaseerd was op risico. De Minister stelde dus alles in het werk om de Tweede Kamer ervan te overtuigen dat de aansprakelijkheid die art. 5 in het leven riep, een bestuursrechtelijke aansprakelijkheid was.⁹⁶⁸ Een ‘te dogmatische benadering’ van de aansprakelijkheid was volgens de Minister niet functioneel in het licht van de wens om tot een effectievere handhaving van de verkeersvoorschriften te komen:

‘Een te dogmatische benadering van het strafrecht en van de daaraan ten grondslag liggende beginselen past onzes inziens niet als het gaat om het vinden van een zo effectief mogelijke handhaving van gegeven voorschriften.⁹⁶⁹

Het belang van een effectieve handhaving was voor de Minister een belangrijk motief. In die benadering lag het strafrecht als handhavingssysteem voor de verkeersvoorschriften destijds niet voor de hand.

⁹⁶⁶ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 329, nr. 8, p. 2.

⁹⁶⁷ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 329, nr. 9, p. 4.

⁹⁶⁸ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 329, nr. 9, p. 5: ‘Wij zien niet in dat dergelijke feiten (bij voorbeeld rijden met een of meer gladde banden; defecte verlichting, etc.) strikt genomen als persoonsgebonden zijn te beschouwen. Dit eenmaal vastgesteld zijnde, behoeft er onzes inziens geen bezwaar tegen te bestaan dergelijke feiten buiten bereik van het strafrecht te brengen en diensengevolge een niet-strafrechtelijke terminologie te bezigen.’

⁹⁶⁹ *Kamerstukken II* 1988-1989, 20 329, nr. 9, p. 5. Vgl. Gritter 2003, p.433-434 e.v.

Het wetsvoorstel werd in de Tweede Kamer besproken op 14 en 15 februari 1989. In de schriftelijke voorbereiding was al gebleken dat de fracties op hoofdlijnen met het wetsvoorstel instemden. Dat weerhield verschillende Kamerleden er niet van tijdens de mondelinge behandeling kritische kanttekeningen te plaatsen bij het wetsvoorstel. Twee thema's kwamen daarbij uitgebreid aan de orde: de rechtsbescherming van de kentekenhouders en de keuze voor het bestuursrecht als handhavingssysteem.

In de Tweede Kamer werd door de Minister in reactie op vragen naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in *Öztürk* tegen Duitsland, toegelicht waarom de verplaatsing van de kentekenaansprakelijkheid zoals art. 5 die voorstelde van het strafrecht naar het bestuursrecht gerechtvaardigd zou zijn.⁹⁷⁰ Eén van de argumenten van de Commissie Mulder voor een verplaatsing naar het bestuursrecht was geweest dat op deze manier de relatief (te) zware procedure van het strafproces en de bijbehorende waarborgen 'omzeild' konden worden. De Commissie ging er daarbij vanuit dat er geen sprake was van de *determination of a criminal charge*, nu het niet de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid betrof. Naar aanleiding van de uitspraak *Öztürk* tegen Duitsland moest echter geconcludeerd worden dat de aansprakelijkheid van de kentekenhouders door het EHRM waarschijnlijk wel als een *criminal charge* diende te worden beschouwd.⁹⁷¹

De reden om voor het bestuursrecht als handhavingssysteem te kiezen was volgens de Minister gelegen in de congruentie tussen het belang van de norm, de ernst van de inbreuk en het instrumentarium van een handhavingssysteem en de ingrijpendheid (in het persoonlijk leven van de verdachte) van die instrumenten. Het strafrecht was volgens hem daarom niet het meest geschikte systeem voor de handhaving van de verkeersvoorschriften:

'Handhaven door middel van het strafrecht wordt wel het ultimum remedium genoemd, het laatste middel dat in een rechtsstaat moet worden toegepast. Maar in de afgelopen decennia is gebleken dat dit sanctiemiddel meer het karakter van eerste hulp bij ongelukken heeft gekregen. (...) De overtreding van verkeersvoorschriften van regelende aard betekent toch waarlijk niet een zodanige schending van het normbesef, dat het ultimum remedium als vanzelfsprekend in stelling moet worden gebracht.'⁹⁷²

Het instrumentarium van het strafrecht was onevenredig zwaar in verhouding tot de ernst van de overtredingen en de morele waarde van de verkeersvoorschriften. Het bestuursrecht bood volgens de Minister een beter instrumentarium voor het

⁹⁷⁰ EHRM, 21 februari 1984, appl.nr. 8544/79 (*Öztürk* tegen Duitsland).

⁹⁷¹ EHRM, 21 februari 1984, appl.nr. 8544/79 (*Öztürk* tegen Duitsland).

⁹⁷² *Handelingen II* 1988-1989, 49, p. 4945.

optreden naar aanleiding van eenvoudige normschendingen in het verkeer dan het strafrecht. Hij zag geen heil in het koste wat het kost in stand houden van een systeem van strafrechtelijke afdoening.⁹⁷³

Niet iedereen in de Kamer was het hier mee eens. Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsontwerp werden er opnieuw vragen gesteld over de toelaatbaarheid van de vermindering van de rechtsbescherming voor de kentekenhouder.⁹⁷⁴ Die minder uitgebreide rechtsbescherming was echter goed verdedigbaar, zo stelde de Minister, omdat het voorstel voorzag in een administratiefrechtelijke aansprakelijkheid en omdat de 'kosten' voor niet naleving van de verkeersvoorschriften in elk geval niet bij de overheid moesten blijven liggen:

'Uitgangspunt bij de positiebepaling van de kentekenhouder in het wetsvoorstel is, dat op degene op wiens naam de auto staat in beginsel de aansprakelijkheid rust voor hetgeen er met zijn voertuig geschiedt. (...) Het is de verantwoordelijkheid van de kentekenhouder, ervoor te zorgen dat met zijn auto geen verkeersovertredingen worden begaan. Als dat toch gebeurt, behoort de administratieve sanctie voor zijn rekening en niet voor rekening van de politieke en justitiële autoriteiten te komen.'⁹⁷⁵

Dat de kentekenhouder zich niet zomaar kon onttrekken aan zijn verantwoordelijkheid en aansprakelijk kon worden gehouden voor een gedraging die hij niet had begaan, was de kern van een risicoaansprakelijkheid, aldus de Minister. Dat juist in het verkeer voor deze vorm van aansprakelijkheid werd gekozen, vond hij ook op historische gronden goed verdedigbaar:

'Die [risico aansprakelijkheid] kennen wij al heel lang in het verkeer. (...) Ook hier geldt dat bij deelneming aan het verkeer met behulp van een auto – ook wanneer men door een ander aan het verkeer laat deelnemen in die auto – de aansprakelijkheid voor de gedragingen die daarmee zijn verricht, wordt gedragen door degene op wiens naam de auto geadministreerd is door middel van het kenteken. Wij erkennen algemeen wel de aansprakelijkheid van ouders voor hun minderjarige kinderen en van de eigenaren van dieren voor de schade die door hun dieren wordt aangericht. Een automobiël kan in dit verband worden gezien als de opvolger van het paard.'⁹⁷⁶

⁹⁷³ *Kamerstukken I* 1988-1989, 20 329, nr. 158b, p. 2 (MvA). Vgl. Gritter 2003, p. 428 e.v.

⁹⁷⁴ *Handelingen II* 1988-1989, 49, p. 4858.

⁹⁷⁵ *Handelingen II* 1988-1989, 49, p. 4948.

⁹⁷⁶ *Handelingen II* 1988-1989, 49, p. 4962.

Het wetsvoorstel werd aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer en gepubliceerd in het Staatsblad als de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv).⁹⁷⁷

5.2. Systeem en werking van de Wahv

5.2.1. Inleiding

Behalve in de Eerste en Tweede Kamer werd ook in de literatuur kritisch naar de ‘nieuwe’ kentekenaansprakelijkheid gekeken. Dat deze aansprakelijkheid een bestuursrechtelijke regeling was, zoals de Minister herhaaldelijk benadrukte, deed niet af aan de kritiek van strafrechtelijk georiënteerde auteurs. Zij stelden dat er nog steeds sprake was van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM. Bovendien concludeerden sommigen dat art. 5 Wahv niet verenigbaar was met de eisen van het EVRM, met name art. 6 lid 2, doordat zij – zoals Rammelink eerder al min of meer had gedaan – het schuldbeginsel in de onschuldpresumptie inlazen en daarom een beperking van de disculpatiemogelijkheden als problematisch zagen. Aangezien de commentaren in de literatuur niet los kunnen worden gezien van de interpretatie die de Hoge Raad aan art. 5 Wahv gaf, zal hieronder eerst worden ingegaan op de jurisprudentie van de Hoge Raad, om in paragraaf 5.2.3 stil te staan bij de commentaren op de Wahv.

5.2.2. Jurisprudentie Hoge Raad

Uit de wetsgeschiedenis van de Wahv bleek dat de wetgever om twee redenen voor een ‘bestuursrechtelijke risico-aansprakelijkheid’ heeft gekozen bij de aansprakelijkheid voor eenvoudige verkeersovertredingen. In de eerste plaats was de regeling zo vormgegeven dat de aansprakelijkheid werd doorbroken in die gevallen waarin aansprakelijkheid van de kentekenhouders onredelijk zou zijn, zoals wanneer de kentekenhouders niets (meer) over het gebruik van zijn auto te zeggen had gehad. Daarnaast wees de Minister op de rol van het strafrecht als ‘ultimum remedium’ en meende hij dat een bestuursrechtelijk handhavingssysteem beter aansloot bij de ernst van de inbreuken op de te handhaven normen.

Het stelsel van de Wahv is erop gericht dat de overheid zo snel en effectief mogelijk kan reageren op een geconstateerde overtreding. Dat streven naar snelheid is op drie manieren in de regeling verwerkt: snel in de tijd door kort na het constateren van de overtreding een boetebeschikking aan de kentekenhouders te sturen, snel qua procedure doordat de ruimte voor de kentekenhouders om zich te verweren tegen

⁹⁷⁷ *Handelingen II* 1988-1989, 51, p. 5073; *Handelingen I* 1988-1989, 34, p. 1249; Stb. 1989, 300. Zie voor een beschrijving van de huidige regeling bijvoorbeeld M. Barels, *Hoofddlijnen van de wet Mulder*, Studiepocket strafrecht. Deventer: Kluwer 2010.

de boete beperkt is en snel qua tenuitvoerlegging doordat na het aflopen van de beroepstermijn de boete van rechtswege voor tenuitvoerlegging vatbaar werd.⁹⁷⁸

Uit de gronden die in art. 8 Wahv zijn opgenomen, blijkt dat een beroep op afwezigheid van alle schuld op andere gronden dan in art. 8 Wahv worden genoemd, niet leidt tot straffeloosheid. De beslissing die in de zaak tegen de Dordrechtse Autobusdienst genomen is, was op grond van de Wahv niet mogelijk geweest. In dat arrest werd de kentekenhouder uiteindelijk van alle rechtsvervolgning ontslagen, omdat de Hoge Raad van oordeel was dat uit de wetbepaling niet bleek dat de wetgever een beroep op avas uitdrukkelijk had willen uitsluiten.⁹⁷⁹ Avas wordt in art. 8 Wahv niet genoemd als grond voor strafuitsluiting. Dat deed er niet aan af dat de Hoge Raad in verschillende zaken werd gevraagd zich uit te spreken over de vraag in hoeverre uit de Wahv uitdrukkelijk blijkt van de wil van de wetgever om buiten de gevallen die genoemd zijn in art. 8 Wahv straf op te leggen.

In dat kader bespreek ik hierna drie uitspraken van de Hoge Raad. In de eerste zaak, een uitspraak van 29 september 1992 (Ziekenhuis), werd door de kentekenhouder een beroep gedaan op omstandigheden die doen denken aan overmachtenoodtoestand.⁹⁸⁰ In het tweede arrest (Andere auto) betwistte de kentekenhouder dat de gefotografeerde auto zijn auto was, hoewel de gefotografeerde auto wel hetzelfde kenteken leek te voeren als het kenteken dat op zijn naam geregistreerd stond.⁹⁸¹ In de derde uitspraak (Zoon) werd door de kentekenhouder een beroep gedaan op het schuldbeginnel: dit zou aan het opleggen van de boete aan hem in de weg staan nu niet hij maar zijn zoon de overtreding had begaan.⁹⁸²

De casus die aan de uitspraak van 29 september 1992 ten grondslag lag, had betrekking op een snelheidsovertreding naar aanleiding waarvan aan de kentekenhouder een boete van f 100,- was opgelegd. De kentekenhouder ging in administratief beroep bij de officier van justitie en vervolgens in beroep bij de kantonrechter. Voor de rechter verklaarde hij dat hij ten tijde van het begaan van de overtreding op weg was naar zijn moeder in het ziekenhuis die er slecht aan toe was na een zware hartoperatie. Hij was op weg naar het ziekenhuis omdat ze gezegd had dat ze hem 'subiet' wilde spreken. De officier van justitie had het beroep ongegrond verklaard, overwegende:

⁹⁷⁸ Namelijk binnen twee weken nadat de boetebeschikking onherroepelijk is geworden, zie art. 23 Wahv. Als de verdachte overgaat tot het instellen van beroep bij de rechter, moet hij zekerheid stellen ter hoogte van de boete, zie art. 11 lid 3 Wahv; bij een definitieve beslissing op dat beroep vervalt de zekerheidstelling (art. 21 Wahv).

⁹⁷⁹ Zie hiervoor par. 3.2.

⁹⁸⁰ HR 29 september 1992, NJ 1993, 32, VR 1992, 144 (Ziekenhuis).

⁹⁸¹ HR 24 mei 1994, NJ 1994, 216 (Andere auto).

⁹⁸² HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

‘Betrokkene heeft aangevoerd dat de in de beschikking genoemde gedraging is verricht, doch heeft met een beroep op de omstandigheden waaronder de gedraging heeft plaatsgevonden, verzocht de beschikking te vernietigen, dan wel het bedrag van de sanctie te verlagen.

De aangevoerde omstandigheden zijn echter naar het oordeel van de officier van justitie niet zodanig dat het opleggen van een sanctie achterwege had moeten blijven. Zij kunnen evenmin leiden tot verlaging van het sanctiebedrag, alleen al omdat de wet een verlaging om die reden niet toestaat.⁹⁸³

Pas bij de kantonrechter voegde de kentekenhoudster een verklaring van de dienstdoende hoofdverpleegkundige aan het dossier toe ter ondersteuning van zijn betoog. Ter zitting verklaarde hij verder nog:

‘Ik heb niet op mijn snelheid gelet. Ik had de keus tussen mijn moeder en het overtreden van de maximumsnelheid. Het was zondagavond en ik bracht de veiligheid niet in gevaar.’⁹⁸⁴

De kentekenhoudster stelde dat de officier van justitie in redelijkheid niet tot het opleggen van de boete had kunnen komen gezien de omstandigheden waaronder de overtreding was begaan.

Art. 9 Wahv formuleerde als beroepsgronden: ‘dat de omstandigheden waaronder de gedraging heeft plaatsgevonden, het opleggen van een administratieve sanctie niet billijken dan wel dat hij [de officier van justitie], gelet op de omstandigheden waarin de betrokkene verkeert, een lager bedrag van de administratieve sanctie had moeten vaststellen’.⁹⁸⁵ De kantonrechter oordeelde dat de omstandigheden waaronder de overtreding was begaan niet van dien aard waren dat zij het opleggen van de sanctie niet billijkten. Ook zag hij op grond van die omstandigheden geen ruimte voor het opleggen van een lagere boete omdat de Wahv dat naar het oordeel van de kantonrechter niet toeliet.

A-G Meijers zag, in het licht van de feiten die de kantonrechter had vastgesteld, geen ruimte voor de Hoge Raad om tot vernietiging van het oordeel van de kantonrechter te komen. Zelf had hij echter wel moeite met die conclusie:

‘De Hoge Raad zal zich bij de vaststelling van de kantonrechter, dat geen feiten of omstandigheden zijn aangevoerd die tot vernietiging van de beslissing van de officier van justitie aanleiding moeten geven, moeten neerleggen. Hoezeer ook een andere uitkomst van het beroep mogelijk zou zijn geweest en hoe

⁹⁸³ HR 29 september 1992, NJ 1993, 32 (Ziekenhuis).

⁹⁸⁴ HR 29 september 1992, NJ 1993, 32 (Ziekenhuis).

⁹⁸⁵ Art. 9 lid 2 onder b Wahv.

onbevredigend de beslissing van de kantonrechter voor verzoeker ook is, onbegrijpelijk kan het oordeel van de kantonrechter niet worden genoemd. De cassatierechter kan, meen ik, aan de hand van de gedingstukken niet vaststellen dat de kantonrechter in redelijkheid niet tot deze beslissing is kunnen komen.⁹⁸⁶

De Hoge Raad zag echter wel aanleiding voor het vernietigen van de uitspraak van de kantonrechter. Naar het oordeel van de Hoge Raad had de kantonrechter art. 9 lid 2 onder b WAhv te beperkt opgevat wat betreft de mogelijkheid om de boete te matigen als de omstandigheden daartoe aanleiding gaven:

'Bij zijn in 4.3 onder a bedoelde oordeel dat de in art. 9 tweede lid onder b WAHV vervatte beroepsgrond zich niet voordeed, te weten dat de omstandigheden waaronder de gedraging heeft plaatsgevonden, het opleggen van de administratieve sanctie niet billijken, heeft de kantonrechter niet blijk gegeven een onjuiste maatstaf te hebben gehanteerd. (...)

Bij zijn in 4.3 onder b bedoelde oordeel is de kantonrechter klaarblijkelijk uitgegaan van de opvatting dat de in art. 9 tweede lid onder b WAHV vervatte matigingsgrond slechts kan worden toegepast in verband met de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene. Die opvatting is evenwel te beperkt en derhalve onjuist. Weliswaar zal de hier bedoelde matigingsgrond slechts bij wege van uitzondering kunnen worden toegepast, maar de wetsgeschiedenis (...) sluit niet uit dat deze ook toepassing kan vinden indien de omstandigheden waaronder de gedraging plaatsvond, daartoe aanleiding geven.'⁹⁸⁷

De Hoge Raad wilde (kennelijk) niet tornen aan het oordeel van de kantonrechter dat het niet onbillijk was een boete op te leggen in het licht van de omstandigheden waaronder de gedraging was begaan. Maar hij zag wel ruimte voor een mildere benadering van deze kentekenhouder. In dat opzicht doet de benadering van de Hoge Raad enigszins denken aan de manier waarop de rechters in de negentiende eeuw omgingen met de beperkingen van de Code pénal. Net als destijds was de ruimte voor het uitsluiten van aansprakelijkheid in de WAhv zeer beperkt. Maar de WAhv bood, net als het Souverein Besluit ten tijde van de Code pénal, wel de mogelijkheid om de straf te verlagen op grond van de omstandigheden van het geval.

Het tweede arrest, *Andere auto*, betreft een uitspraak van de Hoge Raad van 24 mei 1994.⁹⁸⁸ In deze zaak stelde de kentekenhouder dat de auto waarmee de overtreding

⁹⁸⁶ HR 29 september 1992, NJ 1993, 32 (*Ziekenhuis*).

⁹⁸⁷ HR 29 september 1992, NJ 1993, 32 (*Ziekenhuis*).

⁹⁸⁸ HR 24 mei 1994, VR 1994, 216 (*Andere auto*).

was begaan, niet van hem was. Hoewel de auto blijkens de foto hetzelfde kenteken had als zijn auto, meende hij te kunnen bewijzen dat de gefotografeerde auto niet zijn auto was, zo stelde hij:

‘[A]ppellant [heeft] aangevoerd dat hijzelf op de bewuste dag om 08.30 uur een afspraak in Eindhoven had en dat zijn auto toen aldaar op de parkeerplaats stond. Voorts heeft hij, onder overlegging van een reisdeclaratie over de maand maart 1993, gesteld dat hij voor een reis op de bewuste dag niets heeft gedeclareerd. Hieruit moet zijns inziens volgen dat hij noch zijn auto op 4 maart 1993 op de bewuste tijd en plaats geweest kan zijn.’⁹⁸⁹

Om zijn standpunt te onderbouwen heeft de kentekenhouder zijn agenda, uren- en kilometerregistratie van de maand waarin de overtreding was begaan meegestuurd. Uit die registratie bleek naar het oordeel van de kantonrechter echter niet dat de auto van de kentekenhouder niet op de bewuste tijd en plaats kon zijn geweest. Ook was naar het oordeel van de rechter niet aannemelijk geworden dat de gefotografeerde auto niet de auto van de betrokkene was.

In zijn cassatiemiddel stelde de kentekenhouder opnieuw dat de gefotografeerde auto niet zijn auto was. Hij voegde daaraan toe dat de juistheid van zijn uren- en kilometerregistratie door een accountantskantoor werd gegarandeerd. Bovendien gaven de foto’s van de snelheidscamera geen uitsluitsel aangezien het onduidelijke zwart-wit foto’s waren. Aan de hand van deze foto’s kon weliswaar worden vastgesteld dat de gefotografeerde auto eveneens een Alfa Romeo was, maar omtrent de kleur of het type auto kon niets worden vastgesteld.

De Hoge Raad overwoog dat de kantonrechter gelet op de beginselen van een goede procesorde het beroep niet op deze manier ongegrond had mogen verklaren:

‘3.3. De bestreden beslissing brengt tot uitdrukking dat uit het hiervoor onder 3.2 genoemde stuk niet kan volgen dat met de auto van de betrokkene de gedraging ter zake waarvan de desbetreffende administratieve sanctie is opgelegd niet kan zijn verricht. De kantonrechter had echter, gelet op de inhoud van bedoeld stuk, niet op deze grond het beroep ongegrond mogen verklaren zonder te onderzoeken of de betrokkene zijn stellingen conform zijn aanbod door getuigen aannemelijk kan maken.

3.4. Uit het onder 3.3 overwogene volgt dat de bestreden beslissing in strijd met een behoorlijke procesorde tot stand is gekomen. (...)’⁹⁹⁰

⁹⁸⁹ Kantonrechter Zwolle, 30 november 1993; HR 24 mei 1994, VR 1994, 216 (Andere auto).

⁹⁹⁰ HR 24 mei 1994, VR 1994, 216 (Andere auto).

Dat de Hoge Raad de beslissing van de kantonrechter in deze zaak vernietigde, betekent volgens mij echter niet dat Hoge Raad de gronden voor straffeloosheid onder de Wahv heeft willen uitbreiden. Deze uitspraak en de hiervoor besproken uitspraak van 29 september 1992 (Ziekenhuis) laten alleen zien dat de rechter ook binnen deze grenzen enige manoeuvreerruimte heeft.

In het Zoon-arrest, een uitspraak van de Hoge Raad van 15 juli 1993, doet de kentekenhouder een rechtstreeks beroep op afwezigheid van alle schuld.⁹⁹¹ De kentekenhouder in deze zaak verweerde zich tegen de boete met de stelling dat niet hij, maar zijn zoon in zijn auto had gereden. Deze situatie was uitgebreid ter sprake gekomen in de wetsgeschiedenis. De kentekenhouder stelde dat de boete ten onrechte aan hem was opgelegd, omdat hij de overtreding niet begaan had en dus zijn schuld aan de overtreding niet kon worden bewezen. Het opleggen van de boete was daarom volgens hem in strijd met de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM. De kantonrechter vernietigde de boetebeschikking, overwegende dat de schuld van de kentekenhouder inderdaad niet kon worden bewezen en dat de kentekenhouder niet in de gelegenheid was gesteld om het ontbreken van schuld anders dan op grond van art. 8 Wahv aannemelijk te maken.⁹⁹²

Tegen deze uitspraak ging de officier van justitie in cassatie. In de toelichting op het middel stelde hij dat de kantonrechter in strijd met art. 5 Wahv geen boete had opgelegd. Anders dan de kantonrechter had geoordeeld, was het vaststellen van schuld geen voorwaarde voor het opleggen van de boete, aldus de officier van justitie. Art. 5 Wahv betrof alleen een aansprakelijkheidsregeling, geen schuldvermoeden dat door de kentekenhouder ontkracht kon worden:

‘Anders dan de kantonrechter stelt in zijn vonnis onder 3.8 is aan de appellant niet een sanctie opgelegd, terwijl zijn schuld niet is bewezen, maar omdat appellant geldt als degene die aansprakelijk is voor de gedraging die met het motorrijtuig heeft plaatsgevonden. Aangezien er geen sprake is van een vermoeden van schuld, komt de door de kantonrechter geopperde mogelijkheid om het tegendeel aan te tonen, niet aan de orde.

(...) Art. 5 jo. art. 8 behelst een rechtsvermoeden, hetgeen niets zegt over de ‘schuld’. (...) De aansprakelijkheid voor de gedraging berust volgens de wet bij degene op wiens naam het voertuig staat geregistreerd. Het laakbare gedrag van

⁹⁹¹ HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

⁹⁹² HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon). De kantonrechter overwoog: ‘Toepassing van art. 5 WAHV heeft ertoe geleid dat aldus aan appellant een administratieve sanctie is opgelegd, terwijl hij niet is ‘*accusé d’une infraction*’ en zijn schuld niet is bewezen. Voor zover die schuld is gepresumeerd, heeft appellant geen mogelijkheid gehad het tegendeel, anders dan de gevallen genoemd in art. 8 WAHV, aan te tonen.’

de appellant is gelegen in het feit dat hij degene is die heeft nagelaten ervoor te zorgen dat met zijn voertuig [geen] verkeersonveilig gedrag is begaan. Voor dit laatste stelt de wet hem aansprakelijk.⁹⁹³

In dit cassatiemiddel klinkt de gedachte door dat de kentekenhouders nu eenmaal een bepaalde verantwoordelijkheid heeft voor wat er met zijn auto gebeurt. Er was daardoor volgens de officier weinig ruimte voor disculpatie door de kentekenhouders:

‘De appellant kan van deze aansprakelijkheid verlost worden als hij kan aantonen dat de gedraging plaatsvond geheel buiten zijn toedoen. Daarop ziet art. 8 WAHV. Dit artikel biedt de appellant de mogelijkheid zich te disculperen in de gevallen waarin er sprake is van ‘overmacht’ van zijn kant. Daartoe behoort niet de omstandigheid dat hij willens en wetens zijn auto aan een ander ter beschikking heeft gesteld. Indien de appellant de aansprakelijkheid, bedoeld in art. 5 WAHV, niet had willen aanvaarden, had hij ervan moeten afzien zijn auto aan een ander ter beschikking te stellen.

Op grond van art. 8 blijft voor appellant de mogelijkheid aanwezig van een beroep op overmacht. In casu is er geen sprake van een noodzakelijk handelen of een handelen waaraan hij niets kon doen, maar van een geheel vrijwillig handelen, te weten het uitlenen van de auto. Met dit laatste heeft de appellant de aansprakelijkheid, neergelegd in art. 5, aanvaard.⁹⁹⁴

De Hoge Raad nam in zijn uitspraak de gelegenheid te baat om de regeling van art. 5 WAHV uiteen te zetten. Hij concludeerde dat de wetgever alleen het risico van de boete bij de kentekenhouders heeft willen leggen, zonder dat sprake is van een verwijt aan het adres van de kentekenhouders.

‘[A]rt. 5 WAHV [dient] aldus te worden verstaan dat, bij oplegging van een administratieve sanctie op de voet van die bepaling aan de kentekenhouders, aan deze niet een gedraging als bedoeld in art. 2 eerste lid WAHV wordt verweten, doch op de kentekenhouders slechts de last komt te rusten het bedrag van de opgelegde administratieve sanctie voor de bestuurder als degene die zich aan de desbetreffende gedraging heeft schuldig gemaakt te voldoen, om dat bedrag vervolgens desgewenst op deze te verhalen. Laat de kentekenhouders na de daartoe geëigende maatregelen te nemen, dan neemt hij daarmee het risico in dat verhaal niet te zullen slagen.’⁹⁹⁵

⁹⁹³ HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

⁹⁹⁴ HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

⁹⁹⁵ HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

Door te benadrukken dat de regeling van art. 5 WAhv (alleen) betrekking had op het risico voor de boete, kon de Hoge Raad voorbij gaan aan de vraag of deze aansprakelijkheid gebaseerd was op een schuldvermoeden. Alleen de last van de boete kwam bij de kentekenhouder te liggen, zoals de Hoge Raad overwoog. Dat de gedraging van een ander de oorzaak was van het opleggen van die boete was niet relevant. De enige aspecten die aan de vaststelling van de aansprakelijkheid van de kentekenhouder in de weg stonden, waren de gronden die in art. 8 WAhv werden genoemd:

‘Vooropgesteld dat het motorrijtuig waarmee de gedraging is begaan hetzelfde is als datgene waarvan het kenteken staat geregistreerd in het kentekenregister, houdt art. 5 WAHV in dat — voor zover de in art. 8 WAHV vermelde uitzonderingen zich niet voordoen — de administratieve sanctie wordt opgelegd aan degene op wiens naam het kenteken ten tijde van de gedraging in het kentekenregister was ingeschreven, indien niet aanstonds kan worden vastgesteld wie de bestuurder is van het motorrijtuig met of door middel waarvan de gedraging heeft plaatsgevonden.’⁹⁹⁶

In zijn noot bij dit arrest stelde Corstens dat de Hoge Raad het ‘enigszins eufemistisch’ formuleerde, maar dat art. 5 WAhv een echte risicoaansprakelijkheid was. Hij had om principiële redenen grote moeite met deze uitspraak, met name omdat de Hoge Raad de introductie van een risicoaansprakelijkheid in het bestuursstrafrecht kennelijk steunde en het loslaten van het schuldbeginzel op dit terrein goedkeurde:

‘Dit betekent — daarover mag geen misverstand bestaan — dat de Hoge Raad in navolging van de wetgever het loslaten van het schuldbeginzel op dit onderdeel van het strafrecht goedkeurt. In materiële zin is er sprake van strafrechtelijke sancties. Het uitgangspunt ‘geen straf zonder schuld’ geldt volgens de Hoge Raad hier dus niet. De Hoge Raad volgt hier niet de omweg van een in de wet in te lezen zorgplicht dat men weet wie in zijn auto rijdt. Hij erkent en accepteert rechtstreeks het loslaten van het schuldbeginzel. Die rechtlijnige openhartigheid is toe te juichen. Maar wat te denken van het loslaten van het schuldbeginzel? Als men straf ziet als een reactie op verwijtbaar onrecht, past het niet te straffen als er niet te verwijten is. Een essentiële ontbreekt: hoe kan men iemand straffen voor iets dat niet op zijn conto is te schrijven? Schuld in de hier bedoelde ruime betekenis is fundament van de straf. Bij gebreke daarvan mag er niet worden gestraft. Het fundamenteel en intrinsiek verband

⁹⁹⁶ HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

tussen een gedraging die men achterwege had behoren te laten en de straf ontbreekt (...).⁹⁹⁷

Ondanks het bestuursrechtelijke kader en de bestuursrechtelijke terminologie was de boete die op grond van de Wahv werd opgelegd in materiële zin een strafrechtelijke sanctie, stelde Corstens. Volgens hem behoorde het schuldbeginself daarom ook op de oplegging van deze boete van toepassing te zijn. Steun voor zijn standpunt ontleende hij aan de uitspraak van het EHRM in *Salabiaku* tegen Frankrijk. Naar aanleiding van die uitspraak concludeerde hij dat het schuldbeginself in de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM moest worden ingelezen. Daardoor zou bestraffing ingevolge de Wahv mogelijk ook in strijd zijn met het EVRM.

5.2.3. Commentaren in de literatuur

Corstens stond niet alleen in zijn conclusie dat aan *Salabiaku* tegen Frankrijk argumenten zouden kunnen worden ontleend voor de conclusie dat bestraffing op grond van de Wahv in strijd was met het EVRM. Den Hartog en Van Russen Groen kwamen tot soortgelijke conclusies op grond van het arrest van het EHRM in *Salabiaku* tegen Frankrijk.⁹⁹⁸ Naast tegenstanders waren er evenwel ook voorstanders van de regeling van de kentekenaansprakelijkheid in de Wahv die, in lijn met de hiervoor uitgebreid besproken wetsgeschiedenis, aannamen dat de wetgever sterke argumenten had voor een risicoaansprakelijkheid. In hun ogen was de totstandkoming van de Wahv een positieve ontwikkeling, ook omdat de kentekenhouders als zij een boete ontving die niet voor zijn rekening zou moeten komen, dat betrekkelijk eenvoudig kon aantonen door het overleggen van een proces-verbaal of een bewijs van overschrijving van het kentekenregister.⁹⁹⁹

Den Hartog stelde dat de interpretatie van de aansprakelijkheidsconstructie als een aansprakelijkheid waarbij de kentekenhouders (functioneel) werd gestraft, net als de interpretatie dat de kentekenhouders werd gestraft als zij de bestuurder, op gespannen voet staan met art. 6 lid 2 EVRM. De tweede lezing van de kentekenaansprakelijkheid impliceerde volgens haar dat de kentekenhouders werd gestraft omdat zij werd verondersteld de bestuurder te zijn geweest die de overtreding had begaan. Dit was volgens haar een onweerlegbaar vermoeden:

⁹⁹⁷ HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

⁹⁹⁸ Den Hartog 1992, p. 294; Van Russen Groen 1998, p. 186 e.v. Zie ook Hoofdstuk 1 waarin enkele van deze opvattingen ook zijn besproken. Naast deze auteurs waren er ook veel anderen die tot dezelfde conclusie kwamen, zie bijvoorbeeld M. Viering en J. Fleuren, 'Onschuldpresumptie en recht op hoger beroep: twee grenzen aan vereenvoudigde afdoening', NJB 1996, p. 461-464.

⁹⁹⁹ Zoals bijvoorbeeld Steenbrink en Westerbeke 1990, p. 60-61.

‘de kentekenhouder wordt verondersteld de bestuurder te zijn, terwijl de kentekenhouder onvoldoende middelen worden gegeven deze presumptie te weerleggen. Indien de kentekenhouder bijvoorbeeld zijn motorvoertuig heeft uitgeleend aan een ander bestaat (...) voor hem geen mogelijkheid aan de straffende overheid te ontsnappen. (...) Artikel 8 van de wet Mulder noemt (...) een beperkt aantal disculpatiegronden, die er vooral op neerkomen dat de kentekenhouder zich kan disculperen, indien zonder veel problemen de sanctie aan een ander kan worden opgelegd.’¹⁰⁰⁰

Den Hartog meende dat de Wahv de rechter onvoldoende ruimte bood voor een ruimere benadering van de mogelijkheden voor disculpatie. De in de vorige paragraaf besproken arresten lieten echter zien dat in bepaalde gevallen de boete niet onverkort werd gehandhaafd.

Ook Van Russen Groen zag de onschuldpresumptie als een procedurele uitwerking van het schuldbeginnsel. Daarom kon het schuldbeginnsel volgens hem als een onderdeel van art. 6 lid 2 EVRM worden beschouwd.¹⁰⁰¹ De kentekenaansprakelijkheid in de Wahv schoot in het licht van dat artikel te kort, zo concludeerde hij:

‘Ik ben er niet van overtuigd dat de toepassing van de regeling van de risico-aansprakelijkheid van art. 5 WAHV en van de disculpatiemogelijkheden van artikel 8 WAHV de toets aan het EVRM kan doorstaan. (...) Toepassing van artikel 5 en 8 WAHV kan er toe leiden dat iemand anders dan degene die de gedraging heeft begaan, wordt bestraft. (...) [D]e Hoge Raad stelt naar mijn mening in de door hem gekozen oplossing wel de kentekenhouder aansprakelijk voor een overtreding van een ander.’¹⁰⁰²

Anders dan de Hoge Raad in zijn uitspraak van 15 juli 1993 (Zoon-arrest) had overwogen, kon de kentekenhouder volgens Van Russen Groen worden gestraft voor de gedraging van een ander.

Ook Knigge had zijn bedenkingen. In een annotatie bij een uitspraak van de Hoge Raad van 29 juni 1993 constateerde hij dat de gedraging waarvoor de kentekenhouder op grond van de Wahv aansprakelijk werd gesteld, het uitlenen van zijn auto was:

‘De Wet Mulder kent slechts een beperkte mogelijkheid tot disculpatie. Art. 8 noemt wel het onvrijwillig bezitsverlies (vgl. art. 40 lid 2 sub d WVV), maar staat de kentekenhouder niet toe zich door het noemen van de naam van de bestuurder te bevrijden. Dat wijst er op dat de achterliggende zorgplicht

¹⁰⁰⁰ Den Hartog 1992, p. 294.

¹⁰⁰¹ Van Russen Groen 1998, p. 186.

¹⁰⁰² Van Russen Groen 1998, p. 188.

hier wèl een andere is: de kentekenhouder moet er voor zorgen dat noch bekende, noch onbekende daders met zijn auto overtredingen begaan. Op deze zorgplicht kan weer een alternatief verwijt worden gebaseerd. Daarbij moet dan wel het enkele uitlenen van de auto (waardoor men zelf de macht over het stuur verliest) als fout worden aangerekend. Het is uitermate twijfelachtig of die 'fout' kan worden aangemerkt als guilt in de zin van art. 6 lid 2 EVRM (vgl. Anita den Hartog, Art. 6 EVRM, Antwerpen-Apeldoorn 1992, p. 288 e.v.). De kentekenhouder neemt, als hij de auto uitleent, weliswaar het risico dat een ander daarmee de verkeersregels overtreedt, maar een ongeoorloofd risico lijkt dat niet te zijn.¹⁰⁰³

Net als Den Hartog zag Knigge een verband tussen het begrip 'guilt' in art. 6 lid 2 EVRM en het schuldbeginzel. In zijn ogen was het 'uitermate twijfelachtig' of strafrechtelijke aansprakelijkheid kon worden gebaseerd op de beslissing van de kentekenhouder om zijn auto uit te lenen.¹⁰⁰⁴

5.2.4. Falk tegen Nederland

Nadat verschillende auteurs hadden betoogd dat het opleggen van een boete op grond van de Wahv in strijd was met het EVRM als deze boete aan een ander dan de bestuurder werd opgelegd, lag de klacht van Falk bij het EHRM naar aanleiding van de aan hem opgelegde boete op grond van de Wahv voor de hand.

Falk kreeg een boete van 240 gulden (ongeveer 110 euro), omdat de heer B., aan wie Falk zijn auto had uitgeleend, had nagelaten om voorrang te verlenen aan een voetganger op een zebepad.¹⁰⁰⁵ Na het incident raakten de heer B. en Falk zodanig gebrouilleerd dat Falk geen mogelijkheid zag om de kosten van de boete van B. vergoed te krijgen. Dat leidde ertoe dat hij de boete zelf moest dragen, terwijl hij niet de bestuurder was geweest. En dat was volgens Falk in strijd met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM.

Falk ging tegen de boete in beroep bij de officier van justitie en vervolgens bij de kantonrechter, maar zonder succes. Ook de Hoge Raad verwierp zijn cassatieberoep en verwees daarbij naar het eerder in dit hoofdstuk besproken arrest van 15 juli 1993 (Zoon).¹⁰⁰⁶ In dat arrest overwoog hij, zo bleek, dat het feit dat de kentekenhouder

¹⁰⁰³ HR 29 juni 1993, NJ 1994, 34 m.nt. Knigge.

¹⁰⁰⁴ Knigge keek dus heel anders aan tegen de grondslag van de kentekenaansprakelijkheid dan Vrij. Die had in het uitlenen van een auto aan iemand die een verkeersovertreding beging eerder culpa in eligendo gezien en dat aangedragen als ratio voor een eerdere versie van de kentekenaansprakelijkheid, zie hiervoor par. 3.3.

¹⁰⁰⁵ Art. 5 Wahv.

¹⁰⁰⁶ Zie hiervoor paragraaf 5.2.2.

niet de bestuurder was geweest, geen grond was voor straffeloosheid. Falk diende hierop een klacht in bij het EHRM, omdat hij van mening was dat de aan hem opgelegde boete in strijd was met de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM. Het EHRM concludeerde dat Falks klacht kennelijk ongegrond (*'manifestly ill-founded'*) was.¹⁰⁰⁷ Anders dan door Den Hartog, Van Russen Groen en Knigge was verondersteld, oordeelde het Hof dat de regeling van art. 5 jo. 8 Wahv niet onverenigbaar was met de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM. Het EHRM blijkt de kentekenaansprakelijkheid van Falk dus anders te waarderen dan de eerder genoemde Nederlandse auteurs. In het volgende hoofdstuk ga ik verder in op die Europese benadering.

De Hullu constateerde naar aanleiding van Falk tegen Nederland dat de voornaamste rechtvaardiging voor de regeling van art. 5 jo. 8 Wahv lag in praktische argumenten en de beperkte omvang van de sanctie. 'Een ideale invulling van het schuldbeginnel is het zeker niet', aldus De Hullu.¹⁰⁰⁸ Van Dijk stelt dat moeilijk te ontkennen valt dat het opleggen van een boete op grond van art. 5 Wahv op gespannen voet staat met het schuldbeginnel, maar hij vraagt zich ook af of dat erg is. Het loslaten van het schuldbeginnel is in zijn ogen niet onrechtvaardig als er slechts een beperkte financiële sanctie op het spel staat.

Volgens Van Dijk is het schuldbeginnel verankerd in het rechtsbewustzijn.¹⁰⁰⁹ Die gedachtegang doet denken aan Vrij, die eerder betoogde dat de toepassing van het schuldbeginnel was gebaseerd op het rechtsgevoel. Ook Van Dijks redenering dat de kentekenhouders op basis van het controleprincipe aansprakelijk is voor gedragingen begaan door een ander met zijn auto doet enigszins denken aan de *culpa in eligendo*, de door Vrij verdedigde basis voor de aansprakelijkheid van de kentekenhouders.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁷ EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (Falk tegen Nederland).

¹⁰⁰⁸ De Hullu 2012, p. 2008.

¹⁰⁰⁹ Van Dijk 2008, p. 165-166.

¹⁰¹⁰ Zo schrijft hij: 'Daarbij komt dat de actor tot op grote hoogte controle heeft, omdat hij zijn motorrijtuig niet uit hoeft te lenen.' Van Dijk 2008, p. 166 (in noot 164). Van Dijk lijkt het echter anders te zien dan Vrij, omdat volgens hem de kentekenhouders geen verwijt kan worden gemaakt van de door de bestuurder gepleegde verkeersovertreding. Maar het verschil in benadering moet niet groter worden gemaakt dan het is. Hoewel Vrij met de veronderstelling van *culpa in eligendo* als verklaring voor de aansprakelijkheid van de kentekenhouders wel uitging van schuld, lijkt de gedachte daarachter ook met controle samen te hangen.

6. Samenvatting en slotopmerking(en)

Op welke manier(en) de rechter bij de aansprakelijkheidsbeslissing en de strafmaat invulling geeft aan het schuldbeginnel, is afhankelijk van de wijze waarop de wetgever de aansprakelijkheid vorm geeft. De kentekenaansprakelijkheid is een voorbeeld van een aansprakelijkheidsregeling waarbij de wetgever heeft geëxperimenteerd met het bieden en beperken van ruimte voor het schuldbeginnel en van de manieren waarop de rechter daarmee kan omgaan.

In de eerste regeling van de kentekenaansprakelijkheid, in art. 32 MRW, was door de wetgever min of meer in het midden gelaten hoeveel ruimte bestond voor een beroep op andere dan de in de wet genoemde uitsluitingsgrond(en). Het tweede lid van art. 32 MRW bepaalde dat de kentekenhouder niet aansprakelijk was als hij de bestuurder bekend maakte of als hij aannemelijk kon maken dat het rijtuig tegen zijn wil was gebruikt en hij dat gebruik niet had kunnen beletten. Buiten deze grond voor disculpatie zag de Hoge Raad in het Dordrechtsche Autobusdienst-arrest ruimte voor het honoreren van een avas-verweer. Toen de MRW werd vervangen door de Wegenverkeerswet (WVW) kwam de kentekenaansprakelijkheid in art. 40 WVW terecht. De formulering van de uitsluitingsgronden veranderde echter: de wetgever voegde de woorden 'slechts dan' toe aan het tweede lid. Algemeen werd aangenomen dat de wetgever met deze toevoeging heeft willen benadrukken dat de kentekenhouder zich alleen nog kon disculperen door de bestuurder bekend te maken of door aannemelijk te maken dat het motorrijtuig tegen zijn wil was gebruikt.¹⁰¹¹ In zijn jurisprudentie bevestigde de Hoge Raad dat door de toevoeging van 'slechts dan' disculpatie alleen door het bekendmaken van de bestuurder mogelijk was.

Naar aanleiding van deze jurisprudentie werd door Remmelink, Enschedé, Langemeijer en Bronkhorst op verschillende manieren beargumenteerd dat deze vorm van de kentekenaansprakelijkheid mogelijk in strijd was met het schuldbeginnel en dientengevolge ook met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Deze twijfels waren aanleiding voor de wetgever om art. 40 WVW aan te passen. Degene die deed of liet rijden met de auto kon op basis van het gewijzigde art. 40 WVW 1974 verplicht worden de identiteit van de bestuurder bekend te maken. In de nieuwe wettekst was volgens de wetger duidelijker tot uitdrukking gebracht dat de persoon die deed of liet rijden met de auto aansprakelijk werd gesteld voor wat hij zelf naliet: het bekend maken van de bestuurder. De handhaafbaarheid van deze bepaling liet in de praktijk echter veel te wensen over. Dat was aanleiding voor een volgende herziening van

¹⁰¹¹ Art. 40 lid 2: 'Het bepaalde bij het eerste lid geldt slechts dan niet, wanneer door den eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk wordt gemaakt, dat van dat rijtuig tegen zijn wil is gebruik gemaakt en dat hij dit gebruik redelijkerwijze niet heeft kunnen beletten.'

de aansprakelijkheidsconstructie. Anders dan voorheen werd gekozen voor twee versies van de kentekenaansprakelijkheid, waarbij onderscheid werd gemaakt tussen de aansprakelijkheid voor verkeersovertredingen en de aansprakelijkheid voor verkeersmisdrijven. De aansprakelijkheid voor overtredingen kreeg min of meer dezelfde vorm als het art. 40 WVV uit 1935. In een nieuw art. 41 WVV werd de kentekenhouders voortaan aansprakelijk gesteld voor het niet bekend maken van de bestuurder die een verkeersmisdrijf had begaan. Daarnaast werd voor de afdoening van eenvoudige verkeersovertredingen de Wvvh ingevoerd, waardoor de afdoening van eenvoudige verkeersovertredingen buiten het strafrecht kon plaatsvinden.

In deze bestuursrechtelijke risicoaansprakelijkheid, zoals de Minister de kentekenaansprakelijkheid in de Wvvh omschreef, werd de ruimte voor het voeren van verweer door de kentekenhouders sterk beperkt. De hoogte van de boete was gestandaardiseerd waardoor de ruimte voor een op het individu toegesneden straf klein was. De rechter kwam pas in beeld wanneer een kentekenhouders niet alleen in administratief beroep ging, maar daarna (ook) beroep bij de rechter instelde. De Wvvh liet de officier van justitie en de rechter geen ruimte om tot straffeloosheid te besluiten op andere dan wettelijke gronden. Maar een zekere vrijheid bestond er wel bij het bepalen van de hoogte van de straf. Via art. 9 lid 2 sub b Wvvh kon de rechter oordelen dat de officier had moeten beslissen dat de omstandigheden waaronder de gedraging had plaatsgevonden, het opleggen van een boete niet billijkten of dat in verband met die omstandigheden de boete gematigd had moeten worden.

De dogmatische verklaring (onderbouwing) van de kentekenaansprakelijkheid is in de literatuur uitgebreid besproken. Naar aanleiding van het arrest inzake de Dordrechtse Autobusdienst stelde Vrij dat deze aansprakelijkheid het beste verklaard kon worden door ervan uit te gaan dat zij gebaseerd was op 'veronderstelde *culpa in eligendo*'. Volgens Vrij was de beslissing om een ander met de auto te laten rijden de basis voor de aansprakelijkheid. Pompe daarentegen zag het niet bekend maken van de bestuurder als de basis voor de aansprakelijkheid van de kentekenhouders. Dat verwijt kon echter niet verklaren waarom de hoogte van de straf varieerde; die was afhankelijk van de overtreding die de bestuurder had begaan.

Naar aanleiding van de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot art. 40 WVV sloten Enschedé en Langemeijer zich bij Pompe aan. Ook zij zagen het niet bekend maken van de bestuurder als de basis van de aansprakelijkheid als niet de eigenaar, maar een ander de overtreding had begaan. De Hoge Raad had juist geoordeeld dat art. 40 WVV slechts een aansprakelijkheid in het leven riep voor de door een ander gepleegde overtreding. Hij overwoog dat de kentekenhouders een zorgplicht had, namelijk dat geen overtredingen met zijn auto werden begaan die bij

gebrek aan een bekende bestuurder onbestraft zouden blijven. Volgens Bronkhorst ging de Hoge Raad daarmee te ver, omdat de wet die verplichting niet noemde.

Bij de behandeling van de Wahv in de Tweede Kamer verklaarde de Minister dat de bestuursrechtelijke risicoaansprakelijkheid van de kentekenhouders gebaseerd was op de gedachte dat de kentekenhouders in beginsel aansprakelijk zijn voor hetgeen er met zijn auto gebeurt, net als de eigenaar van een dier aansprakelijk is voor de schade die door dat dier wordt aangericht. Omdat het een risicoaansprakelijkheid betrof, was een verwijt als voorwaarde voor de oplegging van de boete volgens de Minister niet nodig.

Knigge en Corstens zagen dat anders. Volgens Corstens was de boete die aan de kentekenhouders op grond van de Wahv kon worden opgelegd materieelrechtelijk (nog steeds) een strafrechtelijke sanctie. Daarom betreurde hij het loslaten van het schuldbeginnel op dit punt. Knigge benaderde de aansprakelijkheid van de kentekenhouders ingevolge de Wahv iets anders. Omdat er sprake was van een straf, moest er dus ook sprake zijn van een verwijt, zo redeneerde hij. Hij concludeerde echter dat het enige verwijt dat de kentekenhouders kon worden gemaakt, was dat zij zijn auto had uitgeleend. Anders dan Vrij die de beslissing tot het uitlenen koppelde aan veronderstelde *culpa in eligendo*, of Van Dijk die meende dat aansprakelijkheid op deze basis een rechtvaardiging vond in het controleprincipe, vond Knigge dat een twijfelachtige basis voor aansprakelijkheid.

Het debat naar aanleiding van de ontwikkelingen in de kentekenaansprakelijkheid laat zien hoe strafrechtswetenschappers hebben gezocht naar een grondslag, verklaring en/of rechtvaardiging voor straf die aan de kentekenhouders wordt opgelegd. Dit heeft misschien weinig te maken met het rechtsgebied waartoe de aansprakelijkheid behoort, maar wel veel met het rechtsgevoel dat vraagt om de concrete erkenning – in enige vorm – van het schuldbeginnel. In dit hoofdstuk bleek dat verschillende auteurs van mening waren dat het schuldbeginnel ingelezen zou moeten worden in art. 6 lid 2 EVRM. De vraag of en zo ja, in hoeverre het schuldbeginnel steun vindt in de jurisprudentie van het EHRM staat centraal in het volgende hoofdstuk.

HOOFDSTUK 7

Het EVRM: een ander perspectief

1. Inleiding

Hiervoor zijn de thema's schuld en aansprakelijkheid steeds vanuit een nationaal, eerst Frans daarna Nederlands, perspectief benaderd. Het EVRM biedt een ander gezichtspunt om naar schuld en aansprakelijkheid te kijken. Het EHRM doet als 'Europese rechter' uitspraken met een – althans tot op zekere hoogte – supranationale strekking. Die uitspraken kunnen, zo bleek hiervoor al, ook aan schuld en voorwaarden voor aansprakelijkheid raken. Alleen al de diversiteit aan nationale rechtsstelsels waar deze uitspraken betrekking op hebben, maakt het echter niet eenvoudig om vast te stellen wat de mogelijke 'Europese' norm inzake voorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid zou zijn. In dit hoofdstuk wil ik aan de hand van verschillende uitspraken van het EHRM onderzoeken in hoeverre een supranationale benadering van schuld en aansprakelijkheid bestaat. Elk van deze uitspraken houdt verband met de centrale thema's in dit onderzoek.

Ter inleiding besteed ik in paragraaf 2 aandacht aan de totstandkoming van het EVRM en aan een aantal algemene kenmerken van de jurisprudentie van het EHRM. In paragraaf 3 ga ik in op art. 6 EVRM, het begrip *fair trial* en het doel en de reikwijdte van de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM. Aan de hand van een aantal uitspraken van het Europese Hof wordt in paragraaf 4 een overzicht gegeven van de huidige stand van zaken in de jurisprudentie van het EHRM over de relatie tussen schuld en aansprakelijkheid. Paragraaf 4 wordt afgesloten met een tussenbalans waarin de belangrijkste elementen van de rechtspraak van het EHRM worden samengevat.

In paragraaf 5 wordt een aantal uitspraken van het EHRM besproken die de nationale regelingen inzake de aansprakelijkheid voor een overtreding begaan door een onbekend gebleven bestuurder betreffen. Duidelijker nog dan in paragraaf 4 blijkt hier dat de reikwijdte van art. 6 EVRM niet alleen wordt bepaald door de belangen die op het spel staan, maar ook door de reikwijdte van andere rechten die in het EVRM erkend zijn.

2. Introductie van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM

2.1. De achtergrond en totstandkoming van het EVRM

Voor de totstandkoming van het EVRM waren twee gebeurtenissen in de wereldgeschiedenis van belang: de Tweede Wereldoorlog en de Koude oorlog. De West-Europese landen werden tijdens de Tweede Wereldoorlog geconfronteerd met grove schendingen van de mensenrechten.¹⁰¹² Ten behoeve van een betere bescherming van de mensenrechten werd zowel tijdens als na de Tweede Wereldoorlog het idee van een Verenigd Europa gepropageerd, onder andere door Churchill. Hij pleitte voor ‘*a kind of United States of Europe*’.¹⁰¹³ Dit verenigde Europa zou zorg moeten dragen voor het bewaken van de vrede en democratie in de landen op het Europese continent. Daarbij dacht hij niet alleen aan het vastleggen van de fundamentele rechten en vrijheden in een verdrag, maar ook aan het instellen van een ‘*High Court*’. Dit gerechtshof zou daadkrachtig moeten optreden tegen schendingen van Europese waarden.¹⁰¹⁴ Dat inmiddels ook de Verenigde Naties waren opgericht, maakte die oproep niet minder acuut: de aan de VN deelnemende landen hadden weliswaar een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) opgesteld, maar zij hadden geen overeenstemming weten te bereiken over een handhavingsmechanisme.¹⁰¹⁵

De invoering van het communisme in de landen achter het IJzeren Gordijn, inclusief Oost-Duitsland, werd als een bedreiging ervaren. Terwijl West-Europa zich militair, economisch en moreel nog moest herstellen van de Tweede Wereldoorlog nam de spanning tussen de twee *superpowers* (de Sovjet Unie en de Verenigde Staten) toe. West-Europa lag daar precies tussenin.¹⁰¹⁶ In het licht van die oplopende spanning bestond in de West-Europese landen grote behoefte aan het daadkrachtig kunnen beschermen van hun humanistische en democratische tradities. Door de vrees voor een volgende wereldoorlog, al dan niet veroorzaakt door een nieuw totalitair regime, kreeg het idee van een Verenigd Europa politiek momentum.¹⁰¹⁷

Churchill stond niet alleen in zijn oproep tot een ‘*United States of Europe*’. Na de Tweede Wereldoorlog werden overal in Europa organisaties opgericht om Europese eenwording te bevorderen. Veel van deze organisaties verenigden zich in 1947 in

¹⁰¹² Harris, O’Boyle & Warbrick 2014, p. 3.

¹⁰¹³ Bates 2010, p. 44 e.v.; Benoît-Rohmer & Klebes 2005, p.11, 20. Zie ook Smis, Janssens e.a. 2011, p 216-217.

¹⁰¹⁴ Bates 2010, p. 48.

¹⁰¹⁵ Bates 2010, p. 35-36 en p. 40-41.

¹⁰¹⁶ Colton & Palmer 2007, p. 870-871; Bates 2010, p. 46.

¹⁰¹⁷ Bates 2010, p. 45-46.

het International Committee of the Movements for European Unity. Dit Comité organiseerde in mei 1948 een congres, het *Congress of Europe*, waar Churchill erevoorzitter was.¹⁰¹⁸ Hollander bestempelt dit congres als een keerpunt in het denken over een Europese Unie, omdat de academische ideeën over een verenigd Europa op dit congres werden omgezet in een breed gedragen oproep aan de politiek tot het zetten van concrete stappen:

*‘[T]he Congress of Europe marked the start of the transition in fact between the early post-war years in which the notion of European integration was only present as a theoretical one, dreamed about in club meetings of a like-minded intellectual elite and the development of the concept as a political principle.’*¹⁰¹⁹

Tijdens het *Congress of Europe* werd gesteld dat een natie-overstijgende samenwerking beter in staat zou zijn de economische crisis van dat moment op te lossen en de vrede in Europa te beschermen. Het respecteren van de mensenrechten en de democratie werd gezien als een belangrijke voorwaarde voor het bewaren van de vrede. Een Europese eenheid zou alleen succesvol kunnen zijn als die in staat was de vrede binnen Europa te bewaren. Daarom werden respect voor de mensenrechten en de democratie als belangrijke pijlers voor een verenigd Europa bestempeld. In de slotrede van de conferentie, *‘Message to Europeans’*, werd dit benadrukt door op te roepen tot het opstellen van een handvest voor de mensenrechten en het instellen van een gerechtshof met adequate sanctiemogelijkheden om het respecteren van de mensenrechten te kunnen garanderen.¹⁰²⁰

Aan deze oproep werd een vervolg gegeven met de oprichting van de Raad van Europa.¹⁰²¹ Het beschermen van de principes en waarden van de humanistische, democratische traditie van West-Europa was een belangrijke doelstelling van de Raad van Europa, zoals ook blijkt uit art. 1 onder a van het Statuut:¹⁰²²

¹⁰¹⁸ Uzelac 2013, p. 274; Bates 2010, p. 47-48; Benoît-Rohmer & Klebes 2005, p. 12; Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 34-36. Volgens verschillende bronnen was de opkomst groot: er zouden meer dan 750 mensen aanwezig zijn geweest, onder wie verschillende politiek leiders, zoals François Mitterand, Konrad Adenauer, maar ook prinses Juliana en prins Bernhard. Zie Hollander 2013, p. 27.

¹⁰¹⁹ Hollander 2013, p. 27.

¹⁰²⁰ Smis, Janssens e.a. 2011, p. 216-217; Bates 2010, p. 47-48; Benoît-Rohmer & Klebes 2005, p. 12-13.

¹⁰²¹ Deze Raad werd op 5 mei 1949 in Londen in het leven geroepen als forum voor het bespreken van de eenwording van Europa, Benoît-Rohmer & Klebes 2005, p. 12 en 25.

¹⁰²² Smis, Janssens e.a. 2011, p. 218 e.v.; Bates 2010, p. 34; Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 33.

*'The aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress.'*¹⁰²³

De Raad van Europa bestond bij de oprichting uit tien Europese landen: België, Denemarken, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, het Verenigd Koninkrijk en Zweden.¹⁰²⁴ Door het tekenen van het Statuut verklaarde de betreffende Staat dat hij het principe van de *rule of law* aanvaardde en de mensenrechten en fundamentele vrijheden van zijn burgers zou respecteren en beschermen.¹⁰²⁵ Het aanvaarden van deze principes was een voorwaarde voor lidmaatschap van de Raad. Het niet naleven van deze principes kon leiden tot schorsing van het lidmaatschap en eventueel tot roeyement.¹⁰²⁶ Het ondertekenen van het Statuut was een historische gebeurtenis: het impliceerde het aangaan van een afdwingbare verplichting tot bescherming van de mensenrechten. Het Statuut legde de basis voor verschillende mensenrechtenverdragen, waarvan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) het eerste zou zijn.

Een belangrijke drijfveer achter het opstellen van het EVRM was de behoefte aan bescherming tegen onderdrukking, oorlog, een mensenwaardige behandeling en ontwrichting van de West-Europese democratiën door de communisten.¹⁰²⁷

*'The Convention provided both a symbolic statement of the principles for which the West European states stood and a remedy that might protect those states from communist subversion.'*¹⁰²⁸

Die behoefte sprak uit het Statuut van de Raad van Europa, maar ook uit het voorstel om via een *Court of Justice* daadwerkelijke handhaving van de vastgelegde rechten af te kunnen dwingen. Dit gerechtshof zou als een soort 'alarmbel' democratisch Europa moeten waarschuwen als de fundamentele rechten en vrijheden in een Verdragsstaat in gevaar kwamen. Betoogd werd dat de Tweede Wereldoorlog voorkomen had

¹⁰²³ Art. 1 onder a Statuut Raad van Europa (<http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm>).

¹⁰²⁴ Bates 2010, p. 49-50; Benoît-Rohmer & Klebes 2005, p.12.

¹⁰²⁵ Art. 3 van het Statuut van de Raad van Europa luidt: 'Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I.'

¹⁰²⁶ Art. 8 Statuut Raad van Europa.

¹⁰²⁷ Bates 2010, p. 34, 40-41; Benoît-Rohmer & Klebes 2005, p. 19-20. Zie ook Vande Lanotte & Haeck 2005, p 34-35.

¹⁰²⁸ Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 3.

kunnen worden als er in 1932 een mensenrechtenverdrag en een gerechtshof waren geweest.¹⁰²⁹

Toch kwam het EVRM niet zonder slag of stoot tot stand. De landen die lid waren van de Raad van Europa verschilden fundamenteel met elkaar van mening over de reikwijdte van de rechten die in het EVRM vastgelegd zouden moeten worden, over de wijze waarop de naleving moest worden verzekerd en over de wenselijkheid en invulling van een individueel klachtrecht. Dat uiteindelijk zowel over het individueel klachtrecht als over de mogelijkheid tot het installeren van een Hof overeenstemming werd bereikt, was te danken aan een *'lucky trade-off'* tussen voor- en tegenstanders van verdere Europese integratie.¹⁰³⁰ De mensenrechten en fundamentele vrijheden werden omschreven. Het individueel klachtrecht werd in goede banen geleid door het creëren van een voorportaal (de Commissie).¹⁰³¹ Daardoor konden burgers zich niet rechtstreeks tot het Hof wenden met een klacht.¹⁰³²

Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens werd op 4 november 1950 in Rome ondertekend.¹⁰³³ Het trad in werking op 3 september 1953, nadat het door de tien Verdragsluitende staten was geratificeerd.¹⁰³⁴

De betekenis en invloed van het EVRM is door de jurisprudentie van het EHRM ver uitgestegen boven de bedoeling van de opstellers van het Verdrag.¹⁰³⁵ De jurisprudentie van het Hof leidt er toe dat het Verdrag steeds meer als een *'European bill of rights'* wordt beschouwd, zo stellen Harris, O'Boyle en Warbrick.¹⁰³⁶ Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het Verdrag komt duidelijk naar voren dat het Verdrag in de eerste plaats was bedoeld om de West-Europese democratieën te beschermen tegen het communisme en een derde wereldoorlog. Met het afnemen van de bedreigingen die aanleiding waren voor het Verdrag, verdween de oorspronkelijke

¹⁰²⁹ Aldus de ontwerpers (Teitgen, Maxwell-Fyfe en Dehousse) van de European Movement Convention van het Committee of the Movements for European Unity (de 'European Movement Convention'). Bates 2010, p. 52-54; Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 3.

¹⁰³⁰ Uzelac 2013, p. 275; Bates 2010, p. 89-92. Zie ook Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 80-81. Men vreesde voornamelijk een enorme toestroom van klachten die niets met het Verdrag te maken hadden, Bates 2010, p. 69-70 en p. 95. Zie ook Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 73.

¹⁰³¹ De Commissie werd als gevolg van een hervorming van het Hof door het 11^e protocol van 11 mei 1994 afgeschaft.

¹⁰³² Bates 2010, p. 84-85. Keulen & Knigge signaleren dat de grote invloed van het EVRM juist aan het individuele klachtrecht is te danken, Keulen & Knigge 2010, p. 68.

¹⁰³³ Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 79; Uzelac 2013, p. 274-275.

¹⁰³⁴ Zie ook de website van de Raad van Europa/Council of Europe (www.conventions.coe.int onder Treaty).

¹⁰³⁵ Bates 2010, p. 99-100; Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 59.

¹⁰³⁶ Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, p. 4.

doelstelling meer naar de achtergrond. De verwachting dat de mensenrechten in de West-Europese landen zo goed waren beschermd dat die landen wel nooit veroordeeld zouden worden, bleek niet juist.¹⁰³⁷ Het Hof ontvangt tegenwoordig juist steeds meer klachten, precies zoals tegenstanders van het individueel klachtrecht hadden gevreesd.¹⁰³⁸ Anders dan zij hadden verwacht blijkt er echter vele malen vaker sprake te zijn van een goed gefundeerde klacht dan van ‘*abuse of right*’.¹⁰³⁹

2.2. Enkele algemene kenmerken van de jurisprudentie van het EHRM

Als bewaker van de uitleg van het Verdrag is het de taak van het Hof om bij klachten de nationale bescherming van de verdragsrechten te beoordelen.¹⁰⁴⁰ Die taak wordt door art. 32 van het EVRM begrensd tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag.¹⁰⁴¹ Het Hof hoedt zich ervoor een volledige vierde instantie te worden, zoals het overwoog in onder andere *Anderson tegen het Verenigd Koninkrijk*. *Anderson* had in Straatsburg geklaagd over een schending van het recht op een eerlijk proces. Hem was inzage in een deel van het Concession Agreement over de tolbrug van het Isle of Skye naar het vasteland ontzegd. *Anderson* stelde dat hij daardoor in zijn verdediging was geschaad. In feitelijke instantie had de rechter anders geoordeeld, overwegende dat de pagina's van het Concession Agreement die hij niet had mogen inzien voor de zaak niet van belang waren. Over deze beslissing klaagde *Anderson* bij het Hof, dat daarop overwoog:

*‘In relation to the second complaint this Court is not a court of fourth instance and will not intervene generally on the basis that a domestic court has come to a wrong decision. The domestic court heard all the evidence against the applicant and were therefore in the best position to rule on the admissibility of evidence.’*¹⁰⁴²

¹⁰³⁷ Tijdens de totstandkoming van het EVRM gingen verschillende leden van het Committee on Legal and Administrative Questions en de Raadgevende vergadering er vanuit dat het Hof eigenlijk overbodig was omdat in de Europese landen alles goed geregeld was. In hun beleving was het zeer onwaarschijnlijk dat een van de West-Europese landen veroordeeld zou worden door het Hof. Bates 2010, p. 69-71.

¹⁰³⁸ Uzelac 2013, p. 277.

¹⁰³⁹ Uzelac 2013, p. 276.

¹⁰⁴⁰ Vande Lanotte & Haec 2005, p. 179-180.

¹⁰⁴¹ Artikel 32 EVRM lid 1 luidt: ‘De rechtsmacht van het Hof strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag en de Protocolen daarbij die aan het Hof worden voorgelegd zoals bepaald in de artikelen 33, 34, 46 en 47.’

¹⁰⁴² EHRM, 5 oktober 1999, appl.nr. 44958/98 (*Anderson tegen het Verenigd Koninkrijk*), vgl. EHRM 29 november 2001, appl.nr. 42246/98 (*Johnson tegen het Verenigd Koninkrijk*).

Het Hof past er voor op geen vierde instantie te worden. Daarbij past dat het Hof zich wat betreft de beoordeling van de feitelijke omstandigheden waarop een klacht berust, terughoudend opstelt.¹⁰⁴³

De meerwaarde van het EVRM ten opzichte van het nationale recht is voor een deel te danken aan het internationale of volkenrechtelijke karakter van het Verdrag. Tegenover elk recht in het Verdrag staat een volkenrechtelijke verplichting van de Verdragsstaat.¹⁰⁴⁴ Hoe de rechten en vrijheden van het Verdrag gerealiseerd moeten worden schrijft het Verdrag echter niet voor. In de keuze van de vorm en het middel waarmee de Verdragsstaten de verdragsverplichtingen nakomen, zijn zij vrij; het Hof respecteert de verschillen tussen de rechtssystemen van de Verdragsstaten. Bij de beoordeling van een klacht is het aan het Hof om het midden te vinden tussen de behoefte aan uniformiteit enerzijds en het respect voor diversiteit anderzijds. De doctrine over de '*margin of appreciation*' is daarbij een belangrijk instrument.¹⁰⁴⁵

Het spanningsveld tussen de behoefte aan uniformiteit en respect voor diversiteit speelt onder andere bij de beoordeling van klachten die in de kern (mede) betrekking hebben op de vormgeving van een delict. De vormgeving van delicten is het resultaat van het democratische wetgevingsproces in een Verdragsstaat en het Hof acht zich niet bevoegd om inhoudelijke eisen te stellen aan de wetgeving van de Verdragsstaten. Terughoudendheid en respect voor diversiteit zijn cruciaal voor de beoordeling van dergelijke klachten, aldus Trechsel:

*'However, at the same time this area requires considerable judicial self-restraint on the part of international bodies set up to implement the human-rights treaties. Borderline cases are usually the subject of lively dispute among academics. Dubious legislation may be the fruit of difficult political balancing, as is the case, for example, with regard to persons who have committed a crime after having become voluntarily intoxicated. Another example is the notoriously contested issue as to whether and to what extent error as to the law ought to be relevant to criminal law. (...) An international body lacks both the experience and the legitimacy to tackle such delicate issues.'*¹⁰⁴⁶

¹⁰⁴³ Vande Lanotte & Haecq 2005, p. 223 e.v.; Trechsel 2006, p. 83-84, zie ook Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, p. 17-18.

¹⁰⁴⁴ Keulen & Knigge 2010, p. 67.

¹⁰⁴⁵ Gerards 2011, p. 183 e.v.; Keulen & Knigge 2010, p. 71-72; Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 14 e.v.

¹⁰⁴⁶ Trechsel 2006, p. 158.

Uitgangspunt bij de interpretatie van de verdragsrechten door het Hof zijn ‘*object and purpose*’ van het Verdrag.¹⁰⁴⁷ De nadruk op het doel en de strekking van het Verdrag brengt met zich mee dat het Hof verschillende strategieën hanteert om de uitleg van het Verdrag zoveel mogelijk bij dat doel en die strekking te laten aansluiten. Een van deze strategieën is de eis dat de nationale autoriteiten een verdragsrecht voor de burger ‘*practical and effective*’ moeten beschermen. Het Hof kijkt op deze manier verder dan de formele regeling en neemt de concrete positie van de klagende burger tot uitgangspunt bij de beoordeling van de bescherming van het verdragsrecht.¹⁰⁴⁸ Daarbij gebruikt het Hof een autonoom begrippenkader. Dit stelt het Hof in staat om een oordeel te vormen dat los staat van de begrippen en onderscheidingen die in het nationale recht worden gehanteerd.¹⁰⁴⁹

Doel en strekking van het Verdrag rechtvaardigen voorts een ‘evolutieve’ uitleg van het Verdrag.¹⁰⁵⁰ Door het Verdrag te zien als een ‘*living instrument*’ kan het Hof de inhoud van het Verdrag aanpassen aan veranderingen in de heersende maatschappelijke opvattingen. Door het Verdrag aldus te benaderen heeft het Verdrag geen statische inhoud, maar een inhoud die aansluit bij de tijdgeest en maatschappelijke opvattingen.¹⁰⁵¹ Ook de doelstellingen en beginselen die aan het EVRM ten grondslag liggen, vormen belangrijke richtsnoeren bij de uitleg van het Verdrag.

De uitleg die het Hof in een bepaalde zaak aan een verdragsbepaling geeft, heeftin de eerste plaats relevantie voor die zaak: het betreft een zaaksgebonden of casuïstische interpretatie van de verdragsbepaling.¹⁰⁵² Tegelijkertijd is er al jaren een trend zichtbaar richting een meer algemene, zaaloverstijgende interpretatie van centrale begrippen. Ter illustratie wijst Gerards op de zaak Opuz tegen Turkije waarin het Hof expliciet stelt dat de definitie van ‘*domestic violence*’ bedoeld is om meer duidelijkheid te scheppen over dit begrip in de context van art. 2 EVRM.¹⁰⁵³ Vervolgens past het Hof de geformuleerde algemene regel toe op het individuele geval, aangezien de ingediende klacht nu eenmaal het uitgangspunt vormt voor de beoordeling door het Hof.¹⁰⁵⁴

¹⁰⁴⁷ Haris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 5-6.

¹⁰⁴⁸ Gerards 2011, p. 31-32; Keulen & Knigge 2010, p. 75-76; Harris, O’Boyle & Warbrick 2014, p. 18.

¹⁰⁴⁹ Smis, Janssens e.a. 2011, p. 229; Keulen & Knigge 2010, p. 77; Harris, O’Boyle & Warbrick 2014, p. 19.

¹⁰⁵⁰ Gerards 2011, p. 34.

¹⁰⁵¹ Gerards 2011, p. 34 e.v. Zie ook Smis, Janssens e.a. 2011, p. 227-229 die net als Vande Lanotte & Haec spreken over een ‘dynamische of evolutieve interpretatie’ (Vande Lanotte & Haec 2005, p. 192). Idem Haris, O’Boyle & Warbrick 2014, p. 8 e.v.

¹⁰⁵² Keulen & Knigge 2010, p. 74-75.

¹⁰⁵³ EHRM, 9 juni 2009, appl.nr. 33401/02 (Opuz tegen Turkije) §138; Gerards 2011, p. 21.

¹⁰⁵⁴ Gerards 2011, p. 23.

3. Art. 6 EVRM

3.1. Recht op een eerlijk proces

Artikel 6 lid 1 EVRM

*'In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.(...)'*¹⁰⁵⁵

Volgens de Nederlandse vertaling van het EVRM heeft art. 6 betrekking op 'een eerlijk proces', in de officiële talen van het verdrag gaat het om een 'fair trial' of 'un procès équitable'. De term 'fair' zoals die hier gebruikt wordt, stamt volgens Trechsel uit de *common law* traditie.¹⁰⁵⁶ Voor de betekenis van *fair* verwijst hij naar de sport waar *fair* zoveel betekent als willen winnen, maar niet ten koste van alles.

*"Fairness" is often associated with sporting activities, it evokes values such as respect for the opponent and for the rules of the game, honesty, self-restraint, a readiness to fight for victory, but not victory at all costs.'*¹⁰⁵⁷

De ratio van het recht op een eerlijk proces ligt in het voorkomen van willekeurige bestraffing.¹⁰⁵⁸ Die ratio speelt bij veel zo niet alle rechten die in art. 6 EVRM worden uitgewerkt.

Het centrale recht dat art. 6 lid 1 garandeert, is het recht op een 'fair trial'. In zijn jurisprudentie gebruikt het EHRM een standaardformule om dat recht te omschrijven:

'It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be

¹⁰⁵⁵ Het eerste lid van art. 6 EVRM vervolgt met: 'Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.'

¹⁰⁵⁶ De betekenis van het begrip 'fair' in *fair trial* laat zich niet zomaar vertalen in een andere taal: noch met het Nederlandse 'eerlijk proces', noch met het Franse 'un procès équitablement' (vgl. het Spaanse 'un proceso equitativo' of het Italiaanse 'un equo processo') wordt hetzelfde tot uitdrukking gebracht. In de Duitse versie is gekozen voor 'ein faire Verfahren' en ook Oostenrijk en Zwitserland hebben in hun vertalingen het begrip 'fair' gehandhaafd. Voor de verschillende vertalingen van het EVRM; zie de website van de Raad van Europa.

¹⁰⁵⁷ Trechsel 2006, p. 82.

¹⁰⁵⁸ Keulen & Knigge 2010, p. 85. Zie ook Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 370 e.v.

*adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence.*¹⁰⁵⁹

Met deze formule benadrukt het Hof twee aspecten van het recht op een eerlijk proces: het recht op een procedure op tegenspraak ('*right to adversarial proceedings*') en het principe van gelijkwaardigheid tussen partijen ('*principle of equality of arms*').¹⁰⁶⁰ De rechten van het tweede en derde lid van art. 6 zijn volgens het Hof '*constituent elements*' van het recht op een *fair trial*. Verder onderscheidt het Hof in het algemene recht op een eerlijk proces onder meer het recht om aanwezig te zijn bij de behandeling van de zaak ('*the right to be present at the trial*'), het recht om gehoord te worden op een hoorzitting ('*the right to an oral hearing*'), het recht zichzelf niet te hoeven beschuldigen ('*the right not to incriminate oneself*') en het recht om te zwijgen.¹⁰⁶¹

3.2. Het vereiste van een *criminal charge*

Voor dit onderzoek is met name het recht op een *fair hearing* in '*criminal proceedings*' relevant.¹⁰⁶² Van *criminal proceedings* is sprake als de verdachte te maken heeft met een *criminal charge*. De eerste zaak waarin het Hof criteria voor een *criminal charge* formuleerde, was de zaak Engel e.a. tegen Nederland uit 1976.¹⁰⁶³ Deze criteria, de 'Engel criteria', worden door het Hof vaak samengevat als: '*the classification of the proceedings under national law, their essential nature and the type and severity of the penalty that the applicant risked incurring*'.¹⁰⁶⁴ De *Grand Chamber* van het Hof heeft in 2003 in Ezeh en Connors tegen het Verenigd Koninkrijk nogmaals het belang van

¹⁰⁵⁹ EHRM 16 februari 2000, appl.nr. 28901/95 (Rowe en Davis tegen het Verenigd Koninkrijk). Zie ook EHRM 28 augustus 1991, appl.nr. 13468/87 (Brandstetter tegen Oostenrijk).

¹⁰⁶⁰ Schending van art. 6 wegens gebrek aan gelijkwaardigheid was bijvoorbeeld aan de orde in EHRM, 22 februari 1996, appl.nr. 17358/90 (Bulut tegen Oostenrijk). Zie over de verschillende aspecten van art. 6 EVRM ook Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 409 e.v.

¹⁰⁶¹ Zie onder meer EHRM 12 februari 1985, appl.nr. 9024/80 (Colozza tegen Italië), EHRM 25 februari 1993, appl.nr. 10828/84 (Funke tegen Frankrijk), EHRM 17 december 1996, appl. nr. 19187/91 (Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 8 februari 1996, appl.nr. 18731/91 (John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk), Van Dijk e.a. 2006, p. 589 e.v.

¹⁰⁶² Zie bijvoorbeeld Trechsel 2006, p. 86: '*First a general rule is set out in the first paragraph (...). Then the specific rights of the defence are presented as 'minimum rights' (...). This means that within the rather amorphous provision for the right to a fair trial, there are several more concrete, clear-cut guarantees.*' Zie ook Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 373.

¹⁰⁶³ EHRM 8 juni 1976, appl.nrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (Engel e.a. tegen Nederland).

¹⁰⁶⁴ Zie bijvoorbeeld de ontvankelijkheidsbeslissing in EHRM 13 september 2007, appl.nr. 27521/04 (Moulet tegen Frankrijk).

de overwegingen uit Engel tegen Nederland benadrukt door deze criteria uitgebreid te bespreken.¹⁰⁶⁵

Als een procedure naar nationaal recht geldt als een strafrechtelijke procedure, is dat voldoende reden om een procedure als een *criminal charge* aan te merken. Met name wanneer de procedure naar nationaal recht geen strafrechtelijk karakter heeft, komt aan de andere twee criteria gewicht toe.¹⁰⁶⁶ Het tweede criterium, de '*nature of the offence*', heeft betrekking op de aard van de norm en de grondslag van de eventueel op te leggen sanctie. Als de reactie op het overtreden van de norm in de eerste plaats dient ter vergelding, is dat een indicatie dat sprake is van een *criminal offence*.¹⁰⁶⁷ Öztürk reed met zijn auto tegen een stilstaande auto en veroorzaakte daardoor aanzienlijke schade (ongeveer 5000 DM). Dit was in Duitsland strafbaar als het veroorzaken van een ongeval door onvoorzichtig rijden ('*Ausserachtlassen der erforderlichen Sorgfalt im Strassenverkehr*'). Dit was naar Duits recht geens strafrecht, maar een *Ordnungswidrigkeit*. Öztürk kreeg een boete van 60 DM. De nationale kwalificatie deed er, naar het oordeel van het Hof, niet aan af dat sprake was van een *criminal charge*:

*'The rule of law infringed by the applicant has, for its part, undergone no change of content. It is a rule that is directed, not towards a given group possessing a special status - in the manner, for example, of disciplinary law -, but towards all citizens in their capacity as road-users; it prescribes conduct of a certain kind and makes the resultant requirement subject to a sanction that is punitive. (...) It matters little whether the legal provision contravened by Mr. Öztürk is aimed at protecting the rights and interests of others or solely at meeting the demands of road traffic. These two ends are not mutually exclusive. Above all, the general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature. The fact that it was admittedly a minor offence hardly likely to harm the reputation of the offender does not take it outside the ambit of Article 6 (art. 6).'*¹⁰⁶⁸

Het derde criterium dat het Hof voor een *criminal charge* van belang acht, is '*the nature and degree of severity of the sanction*'. Naarmate de sanctie ingrijpender is, zal eerder sprake zijn van een *criminal charge*, gezien de belangen van de burger die op

¹⁰⁶⁵ EHRM 9 oktober 2003, appl.nrs. 39665/98 en 40086/98 (Ezeh en Connors tegen het Verenigd Koninkrijk).

¹⁰⁶⁶ Trechsel 2006, p. 18.

¹⁰⁶⁷ Trechsel, 2006, p. 19.

¹⁰⁶⁸ EHRM 21 februari 1984, appl.nr. 8544/79 (Öztürk tegen Duitsland) § 53.

het spel staan.¹⁰⁶⁹ In Janosevic tegen Zweden waren het tweede en derde criterium bepalend voor de kwalificatie van een belastingtoeslag als *criminal charge*:

'In the Court's opinion, the general character of the legal provisions on tax surcharges and the purpose of the penalties, which are both deterrent and punitive, suffice to show that for the purposes of Article 6 of the Convention the applicant was charged with a criminal offence.

*The criminal character of the offence is further evidenced by the severity of the potential and actual penalty. (...) The surcharges, normally fixed at 20% or 40% of the tax avoided, depending on the type of tax involved, have no upper limit and may come to very large amounts.'*¹⁰⁷⁰

Door deze autonome benadering van het begrip *criminal charge* kunnen niet alleen 'klassieke' strafvervolgingen worden aangemerkt als *criminal charges*, maar ook procedures waarin disciplinaire maatregelen, bestuursrechtelijke boetes en belastingtoeslagen centraal staan.¹⁰⁷¹ Als sprake is van een *criminal charge*, zijn niet alleen de rechten van het eerste lid, maar ook de rechten van het tweede en derde lid van art. 6 EVRM van toepassing.

3.3. Het recht op een *fair hearing* en art. 6 lid 2 en 3 EVRM

Het recht op een *fair hearing* is het procesrechtelijke kader waarbinnen het EHRM (ook) een klacht over de onschuldpresumptie plaatst. Art. 6 garandeert aan de verdachte het recht op een eerlijk proces; de in lid 2 en 3 omschreven rechten worden gezien als specifieke onderdelen van dat recht. Omdat deze rechten worden beschouwd als aspecten van het recht op een eerlijk proces beoordeelt het Hof de vraag of een specifiek verdedigingsrecht van art. 6 lid 3 is geschonden steeds in samenhang met het algemene recht op een eerlijk proces.¹⁰⁷² Een gevolg van deze benadering is dat het Hof enerzijds 'niet milimetert over elk minimumrecht', maar anderzijds ook niet altijd benoemt welk aspect van het recht op een eerlijk proces precies is geschonden.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁹ En dat past ook bij het doel van het EVRM, het beschermen van burgers tegen willekeurige bestrafing, Trechsel 2006, p. 22-31, met name p. 26. Zie ook EHRM 9 oktober 2003, appl.nrs. 39665/98 en 40086/98 (Ezeh en Connors tegen het Verenigd Koninkrijk), §120.

¹⁰⁷⁰ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden), § 68-69.

¹⁰⁷¹ Zie onder andere EHRM 8 juni 1976, appl.nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72 (Engel e.a. tegen Nederland), EHRM 21 februari 1984, appl.nr. 8544/79 (Öztürk tegen Duitsland), EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi AB en Vulic tegen Zweden), EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (Falk tegen Nederland).

¹⁰⁷² Keulen & Knigge 2010, p. 86; Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 467 e.v.

¹⁰⁷³ Keulen & Knigge 2010, p. 86.

Het uitgangspunt voor de beoordeling van een klacht is of de procedure als geheel (*'the proceedings as a whole'* of *'the course of the proceedings'*) *fair* is.¹⁰⁷⁴ Dat betekent ook dat niet elk gebrek in een procedure automatisch leidt tot de conclusie dat het recht op een eerlijk proces is geschonden, aldus Keulen en Knigge:

'Want de procedure als geheel, kan ondanks de tekortkomingen, toch eerlijk zijn geweest, en wel omdat er al met al voldoende gelegenheid tot verdediging is geboden.'¹⁰⁷⁵

3.4. Art. 6 lid 2 EVRM: de onschuldpresumptie

Van de verdedigingsrechten die specifiek zijn omschreven in art. 6 EVRM is voor dit onderzoek met name art. 6 lid 2 EVRM van belang. Hierin is de onschuldpresumptie omschreven:

Art. 6 lid 2 EVRM

*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.*¹⁰⁷⁶

De benadering van het Hof van de onschuldpresumptie lijkt op de wijze waarop het Hof de rechten van het derde lid van art. 6 EVRM beoordeelt. Vast onderdeel in de overwegingen van het Hof voorafgaand aan de beoordeling van een klacht gebaseerd op art. 6 lid 2 EVRM is de opmerking dat de onschuldpresumptie een element is van het recht op een eerlijk proces.¹⁰⁷⁷ In de zaak Salabiaku tegen Frankrijk overwoog het Hof:

*'The Court reiterates that the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 is one of the elements of the fair criminal trial that is required by Article 6 § 1 (...).'*¹⁰⁷⁸

Algemeen wordt de uitleg die het Hof in Barberà, Messegué en Jabardo tegen Spanje aan art. 6 lid 2 EVRM geeft als uitgangspunt aangewezen voor de betekenis daarvan:

'Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the

¹⁰⁷⁴ Van Dijk e.a. 2006, p. 579.

¹⁰⁷⁵ Keulen & Knigge 2010, p. 86.

¹⁰⁷⁶ *'Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.'*

¹⁰⁷⁷ Trechsel 2006, p. 86-87

¹⁰⁷⁸ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) §28.

*offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.*¹⁰⁷⁹

Indeloopderjaren heeft het Hof verschillende onderwerpen met de onschuldpresumptie in verband gebracht. Die kunnen worden onderscheiden in onderwerpen die betrekking hebben op – wat Trechsel noemt – het ‘*outcome*’ gerelateerde aspect of op het ‘*reputation*’ gerelateerde aspect van de onschuldpresumptie.¹⁰⁸⁰ Met *outcome* doelt Trechsel op het aspect van de onschuldpresumptie dat betrekking heeft op de waarborgen tijdens het verloop van de procedure en de houding van de vervolgende instantie(s) en de rechter(s) voorafgaand aan en tijdens het proces. In Allen tegen het Verenigd Koninkrijk omschreef het Hof dat zo:

*‘Article 6 § 2 safeguards “the right to be presumed innocent until proved guilty according to law”. Viewed as a procedural guarantee in the context of a criminal trial itself, the presumption of innocence imposes requirements in respect of, inter alia, the burden of proof (...); legal presumptions of fact and law (...); the privilege against self-incrimination (...); pre-trial publicity (...); and premature expressions, by the trial court or by other public officials, of a defendant’s guilt (...).*¹⁰⁸¹

Het tweede aspect heeft betrekking op de reputatie van de (voormalige) verdachte. Dit aspect is vooral van belang na afloop van de *determination of a criminal charge*, als de vervolging niet in een veroordeling is geëindigd. In dat geval heeft de voormalige verdachte recht op een behandeling als onschuldige, omdat zijn schuld niet in rechte is komen vast te staan.¹⁰⁸² Voor dit onderzoek is dit tweede aspect van de onschuldpresumptie van minder belang dan het eerste aspect. In paragraaf 4 komt aan de orde op welke wijze het Hof invulling geeft aan de onderdelen van de onschuldpresumptie die raakvlakken hebben met het Nederlandse schuldbeginsel.

Over de mogelijke materieelrechtelijke implicaties van de onschuldpresumptie en de strekking van die implicaties bestaat discussie. Wat daarbij opvalt is dat veel auteurs die iets over dit onderwerp schrijven, daarbij de in hun eigen rechtstraditie

¹⁰⁷⁹ EHRM 6 december 1988, appl.nrs. 10588/83, 10590/83 en 10589/83 (Barberà, Merengué en Jabardo tegen Spanje) § 77.

¹⁰⁸⁰ Trechsel 2006, p. 163-164 e.v.

¹⁰⁸¹ EHRM 12 juli 2013, appl.nr. 25424/09 (Allen tegen Verenigd Koninkrijk) § 92 en 93.

¹⁰⁸² EHRM 12 juli 2013, appl.nr. 25424/09 (Allen tegen Verenigd Koninkrijk), § 94: ‘Its [art. 6 lid 2, EHA v L] general aim, in this second aspect, is to protect individuals who have been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued, from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty of the offence charged.’

gebruikelijke opvattingen over schuld in de jurisprudentie van het Hof lijken in te lezen. Zo concludeerde De Hullu naar aanleiding van de kernoverwegingen van Salabiaku tegen Frankrijk dat de leer van het materiële feit in beginsel aanvaardbaar zou worden geacht door het Hof, mits de toepassing van die leer in een concreet geval in overeenstemming is met de onschuldpresumptie.¹⁰⁸³ In de rechtspraak van het Hof leest hij ‘al met al’ een ondersteuning voor het in Nederland geldende stelsel:

‘Bij elke strafvervolgung moet er op zijn minst sprake zijn van een weerlegbaar vermoeden van schuld, waarbij deze schuld niet alleen moet worden verstaan als daderschap, maar ook als verwijtbaarheid.’¹⁰⁸⁴

Trechsel, een Zwitser, stelde dat uit de jurisprudentie van het Hof niet kan worden afgeleid dat ‘guilty’ in deze context een vereiste van *mens rea* of schuld in de zin van *nullum crimen sine culpa* met zich meebrengt.¹⁰⁸⁵ Dat dit niet uit de jurisprudentie volgt, weerhoudt hem er echter niet van om te stellen dat het principe *nullum crimen sine culpa* idealiter besloten zou moeten liggen in de onschuldpresumptie:

‘As a basic principle, the *nullum crimen sine culpa* rule ought to be regarded as embodying a fundamental human right; its violation should be regarded as contrary to the presumption of innocence.’¹⁰⁸⁶

Terwijl Trechsels ‘*nullum crimen sine culpa*’-regel refereert aan een materieelrechtelijk principe, worden in Engeland met name de procesrechtelijke consequenties van de onschuldpresumptie benadrukt. Zo concluderen Wadham, Mountfield e.a. over de manier waarop invulling moet worden gegeven aan de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2:

‘For the presumption to be meaningful the prosecution will need to produce evidence of guilt in the trial and the defendant had a right to be heard in his or her own defence.’¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸³ De Hullu 2012, p. 206. Vgl. Blomsma 2012, die stelt op p. 225 ‘Blameworthiness forms the core of the guilt principle as enshrined in article 6 ECHR.’

¹⁰⁸⁴ De Hullu 2012, p. 207. Citaat door mij ontdaan van cursivering.

¹⁰⁸⁵ Trechsel 2006, p. 156-157. Zie ook de samenvatting van de overwegingen van de House of Lords in EHRM, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk) §12: ‘The House of Lords unanimously held that Article 6 §§ 1 and 2 guaranteed fair procedure and the presumption of innocence but did not place any obligation on States as regards the substantive contents of domestic law, including the mental or other elements of offences under domestic criminal law.’ (Voor de precieze bewoordingen zie de uitspraak van het House of Lords van 18 juni 2008 [2008] UKHL 37, § 24 e.v. (R. v. G.)).

¹⁰⁸⁶ Trechsel 2006, p. 158.

¹⁰⁸⁷ Wadham, Mountfield e.a. 2009, p. 189.

Naar aanleiding van de overweging in Barberà, Messegué en Jabardo tegen Spanje (zie boven), stellen ook Harris, O'Boyle en Warbrick:

*'Article 6 (2) means, in common law terms, that the general burden of proof must lie with the prosecution, (...).'*¹⁰⁸⁸

Ashworth constateerde dat deze in Engeland gangbare en beperkte interpretatie van de onschuldpresumptie ertoe leidt dat in Engeland doorgaans wordt aangenomen dat art. 6 lid 2 EVRM geen materieelrechtelijke implicaties zou hebben:

*'If one reads the presumption of innocence in its Convention terminology (...) then it appears that the concept of innocence in this context is simply the opposite of guilt 'according to law'. In other words, the contents and requirements of the particular crime charge determine what 'guilt' means in this case. The impact of the presumption of innocence is to insist that the prosecution should establish beyond reasonable doubt that the defendant's conduct fulfilled the offence requirements. Thus the presumption of innocence means that the prosecution must prove the elements of the offence, but that says nothing about what those elements should be.'*¹⁰⁸⁹

In deze beperkte opvatting moet de onschuldpresumptie worden onderscheiden van het beginsel *'no criminal liability without fault'*, dat in Engelse ogen een ander principe is. In de Engelse opvatting heeft de onschuldpresumptie betrekking op de bewijslast, terwijl het principe *'no criminal liability without fault'* zou behoren tot de *'proper preconditions of criminal liability'*.¹⁰⁹⁰

*'The argument here, then, is not that the principle of 'no criminal liability without fault' is wrong or unsustainable. It is that it is separate from, and not necessarily implied by, the presumption of innocence.'*¹⁰⁹¹

De hiervoor aangehaalde opvattingen over de implicaties van de onschuldpresumptie zoals omschreven in art. 6 lid 2 EVRM laten volgens mij zien dat de verschillende Europese rechtstradities met die rechtstradities overeenstemmende accenten aanbrenge in hun interpretatie van de consequenties van de onschuldpresumptie.

¹⁰⁸⁸ Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 461. Op p. 462 en 463 blijkt nogmaals dat in hun benadering de onschuldpresumptie voornamelijk van belang is voor de verdeling van de bewijslast.

¹⁰⁸⁹ Ashworth 2006, p. 252. Ashworth deelt deze mening zelf overigens niet, maar juist omdat hij zich ertegen wil afzetten, zet hij deze opvatting uitgebreider uiteen dan doorgaans gebeurt in de Engelse literatuur.

¹⁰⁹⁰ Ashworth 2006, p. 252-254.

¹⁰⁹¹ Ashworth 2006, p. 254.

Trechsel wijst bovendien op de verschillende opvattingen over het belang en de positie van het beginsel 'geen straf zonder schuld' in de Europese landen:

*'Finally, it must be recalled that the principle nullum crimen sine culpa is not universally accepted. While it is deeply rooted in German, Swiss and Austrian law, it has less authority in, for example, France, Belgium and Canada.'*¹⁰⁹²

4. Jurisprudentie

4.1. Salabiaku tegen Frankrijk

4.1.1. De casus

Amosi Salabiaku was geboren in Zaïre, tegenwoordig de Democratische Republiek Congo, maar woonde in Parijs. Hij wilde gaan trouwen en had in verband daarmee zijn familie in Zaïre gevraagd hem wat levensmiddelen op te sturen.¹⁰⁹³ Via een familielid dat bij Air Zaïre werkte, zou zijn familie hem een pakketje met de gevraagde spullen toesturen. Salabiaku had uit Zaïre een telexbericht ontvangen dat het pakketje voor zijn huwelijk aan boord was van de Air Zaïre vlucht QC 010 die op 28 juli 1979 in Parijs een tussenstop zou maken op weg naar Brussel.¹⁰⁹⁴ Op het vliegveld vond hij echter geen pakket met zijn naam tussen de bagage van de Air Zaïre vlucht uit Kinshasa. Bij navraag wees een medewerker van Air Zaïre hem op een koffer met hangslot die kennelijk (nog) niet was opgehaald. De koffer had wel een bagagelabel van Air Zaïre, maar geen naam of adres. Op advies van de douane waarschuwde de medewerker Salabiaku dat hij de koffer beter kon laten staan, omdat werd vermoed dat er verboden middelen in de koffer zaten.¹⁰⁹⁵

Ondanks deze waarschuwing nam Salabiaku de koffer in bezit en passeerde hij met de koffer zonder problemen de douane. Hij nam de groene doorgang (*'nothing to declare'*) om samen met drie andere Zaïrezen die hij op het vliegveld had leren kennen, de bagagehal te verlaten. Vervolgens belde hij zijn broer voor hulp, omdat het pakketje zwaarder was dan hij had verwacht.

Salabiaku en de drie landgenoten werden staande gehouden door douanebeambten toen zij aanstalten maakten om in een shuttlebus het vliegveld te verlaten. De andere drie Zaïrezen werden kort daarna weer in vrijheid gesteld, omdat Salabiaku

¹⁰⁹² Trechsel 2006, p. 158.

¹⁰⁹³ ECRM 16 april 1986, appl.nr. 10519/83, D.R. 46, p. 106 (ontvankelijkheidsbeslissing Salabiaku tegen Frankrijk), p. 106 e.v.

¹⁰⁹⁴ ECRM 16 april 1986, appl.nr. 10519/83, D.R. 46, p. 106 (ontvankelijkheidsbeslissing Salabiaku tegen Frankrijk), p. 106 e.v.

¹⁰⁹⁵ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 8-9.

verklaarde dat de koffer voor hem bestemd was en dat zij daar niets mee te maken hadden. De douanebeambten braken de koffer open en vonden, onder verschillende levensmiddelen, in totaal 10 kg verdovende middelen (cannabis), verborgen onder een valse bodem. Volgens het feitenrelaas in het arrest van het Hof, zou Salabiaku daarop hebben verklaard niet te hebben geweten van de drugs:

*'Le requérant affirma qu'il en ignorait la présence et qu'il avait pris à tort ladite malle pour le colis annoncé.'*¹⁰⁹⁶

Twee dagen later werd vanuit Brussel gebeld dat er bij de bagage van vlucht QC 010 van Air Zaïre een pakketje was gevonden dat was geadresseerd aan Salabiaku te Parijs. Na opening bleek er tapiocameel, palmolie, pimento en pindakaas in dat pakket te zitten.

Op 2 augustus 1979 werden aan Salabiaku, zijn broer en ene K. naar aanleiding van het meenemen van de koffer en de vondst van de drugs twee strafbare feiten ten laste gelegd: het illegaal invoeren van verdovende middelen (*d'importation illicite de stupéfiants*, art. L. 626 ev. Code de la santé publique) en het importeren en smokkelen van verboden goederen (*d'importation et d'contrebande de marchandises prohibées*, art. 38, 215 en 414 e.v. Code des douanes jo. art. 42, 43-1 ev Code pénal).

4.1.2. De nationale procedure in Frankrijk

De rechtbank in eerste aanleg, het *tribunal correctionnel* te Bobigny, sprak op 27 maart 1981 K. en de broer van Salabiaku vrij, maar verklaarde Salabiaku schuldig, zowel aan het illegaal invoeren van verdovende middelen als aan het importeren en smokkelen van verboden goederen. In zijn oordeel liet de rechtbank meewegen dat Salabiaku niet verbaasd was geweest toen de producten die hij had omschreven, niet in de koffer bleken te zitten. Die producten zaten wel in het tweede pakket, maar het bestaan van dat tweede pakket was naar het oordeel van de rechtbank niet genoeg om de vermoedens die '*graves, précises et concordantes* (*serious, precise and concordant*)' waren, te weerleggen.¹⁰⁹⁷ Salabiaku werd veroordeeld tot twee jaar gevangenisstraf en een onherroepelijk verbod om op Frans grondgebied te verblijven. Daarnaast werd aan hem een boete van 100.000 Franse *francs* opgelegd, te betalen aan de douane.

¹⁰⁹⁶ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 10.

¹⁰⁹⁷ De rechtbank overwoog: «*Ce qui établit la mauvaise foi du [prévenu], c'est qu'il n'a manifesté aucune surprise lorsque le premier sac ouvert en sa présence s'est révélé ne contenir aucune denrée contenue dans le second alors qu'il a décrit nettement ce qu'il prétendait attendre venant du Zaïre et reçu en second lieu. Ce dernier sac est parvenu à Bruxelles dans des conditions qui n'ont pu être établies et son existence ne saurait dissiper les présomptions qui sont suffisamment graves, précises et concordantes pour entrer en voie de condamnation (...).*» EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 14.

Op 9 februari 1982 vernietigde het *cour d'appel* te Parijs in hoger beroep de veroordeling voor de invoer van drugs wegens gebrek aan bewijs. Daarbij overwoog het Gerechtshof dat het niet onmogelijk was dat Salabiaku had gedacht dat de koffer het door hem verwachte pakketje was, ook omdat een pakketje met levensmiddelen geadresseerd aan Salabiaku kennelijk per ongeluk in Brussel was beland. Het Parijse hof overwoog:

*'[T]he facts alleged against the accused are not sufficiently proven; (...) in fact, although Mr Amosi Salabiaku, who had been expecting only a parcel of victuals, took possession of a very heavy trunk secured by a padlock to which he did not have the keys, which bore no name of any addressee and for which he did not have the corresponding luggage ticket counterfoil, it has been established that a package in his name containing victuals arrived two days afterwards in Brussels on an Air Zaïre flight from Kinshasa. This package had apparently been sent to Brussels in error; its intended destination being Paris; (...) in those circumstances, it is not impossible that Mr Amosi Salabiaku might have believed, on taking the trunk, that it was really intended for him;'*¹⁰⁹⁸

De veroordeling voor het douanedelict bleef echter in stand. Daarbij overwoog het *cour d'appel* dat ieder die goederen bezit die hij Frankrijk binnen brengt zonder deze aan te geven bij de douane, aansprakelijk is wegens het importeren van verboden goederen, tenzij sprake is van overmacht. Het Franse hof constateerde dat Salabiaku door de douane was gegaan met de koffer waarvan hij beweerde dat die van hem was, zonder de inhoud ervan te controleren voor hij de koffer meenam. Door het meenemen van de koffer was hij aansprakelijk voor het niet aangeven van de goederen in de koffer. Dat Salabiaku niet bekend was met de inhoud van de koffer kon hem volgens het Parijse hof niet bevrijden omdat hem de mogelijkheid was geboden de koffer te controleren voordat hij hem in bezit nam.

'Mr Amosi Salabiaku went through customs with the trunk and declared to the customs officials that it was his property; (...) he cannot plead unavoidable error

¹⁰⁹⁸ Engelse vertaling ontleend aan de Engelstalige versie van de uitspraak van het EHRM. EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 14: *'[L]es faits (...) ne sont pas suffisamment établis; (...) en effet, si Salabiaku Amosi qui attendait un simple colis de victuailles s'est emparé d'une malle très lourde fermée par un cadenas dont il ne possédait pas les clés, qui ne portait aucun nom de destinataire et qui était munie d'un coupon de bagage dont il n'avait pas le talon correspondant, il a été établi par ailleurs qu'un sac à son nom contenant des vivres était arrivé deux jours après à Bruxelles par la compagnie Air Zaïre, en provenance de Kinshasa, ce sac ayant apparemment été acheminé par erreur jusqu'à Bruxelles alors que sa destination était Paris; (...) dans ces conditions, il n'est pas impossible que Salabiaku Amosi ait pu croire, en prenant possession de la malle, qu'elle lui était véritablement destinée; (...) il y a tout au moins un doute qui doit lui [profiter] et entraîner sa relaxe (...).'*

*because he was warned by an official of Air Zaïre (...) not to take possession of the trunk unless he was sure that it belonged to him, particularly as he would have to open it at customs. Thus, before declaring himself to be the owner of it and thereby affirming his possession within the meaning of the law, he could have checked it to ensure that it did not contain any prohibited goods; (...) by failing to do so and by having in his possession a trunk containing 10 kg of herbal and seed cannabis, he committed the customs offence of smuggling prohibited goods*¹⁰⁹⁹

De boete van 100.000 Francs bleef dus in stand. Salabiaku ging naar het *Cour de cassation*, omdat hij meende dat de onschuldpresumptie was geschonden. Maar het cassatiemiddel van Salabiaku werd door het *Cour de cassation* verworpen, omdat het *cour d'appel* art. 392 Code des Douanes op de juiste wijze had toegepast:

*'[C]ontrary to what is alleged, the aforementioned Article was not repealed by implication by France's adhesion to the Convention ... and had to be applied since the Court of Appeal, which reached its decision on the basis of the evidence adduced by the parties before it, found that the accused was in possession of the trunk and inferred from the fact of possession a presumption which was not subsequently rebutted by any evidence of an event responsibility for which could not be attributed to the perpetrator of the offence or which he would have been unable to avoid.'*¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁹ Engelse vertaling ontleend aan de Engelstalige versie van de uitspraak van het EHRM. In het Frans overwoog het Parijse hof: '(...) toute personne détenant une marchandise qu'elle a introduit[e] en France sans déclaration à la douane est présumée légalement responsable à moins qu'elle [ne] justifie d'un fait précis de force majeure l'exonérant, cette force majeure ne pouvant résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu prévoir ni conjurer (...); (...) Salabiaku Amosi a passé la douane avec [la] malle et déclaré aux douaniers qu'elle était sa propriété; (...) il a donc détenu cette malle contenant des stupéfiants; (...) il ne saurait invoquer en sa faveur une erreur invincible puisqu'averti par [un] agent de la compagnie Air Zaïre (...) de ne prendre possession de la malle que s'il était sûr qu'elle lui appartenait, d'autant plus qu'il aurait à l'ouvrir à la douane, il lui était loisible, avant de s'en déclarer propriétaire et d'affirmer par là sa détention au sens de la loi, de vérifier qu'elle ne contenait aucune marchandise prohibée; (...) en s'abstenant de le faire et en détenant cette malle contenant 10 kg de cannabis en herbe et graines, il s'est rendu coupable du délit douanier d'importation en contrebande de marchandises prohibées (...).' EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 14.

¹¹⁰⁰ Engelse vertaling ontleend aan de Engelstalige versie van de uitspraak van het EHRM. In het Frans overwoog het *Cour de cassation*: *'[C]ontrairement à ce qui est allégué au moyen, l'article précité n'a pas été implicitement abrogé par l'adhésion de la France à la Convention (...) et devait recevoir application dès lors que la cour d'appel, qui s'est déterminée au vu des éléments de preuve contradictoirement débattus devant elle, a constaté la prise de possession par le prévenu du colis en cause et tiré de ce fait matériel de détention une présomption qu'aucun élément résultant d'un événement non imputable à l'auteur de l'infraction ou qu'il eût été dans l'impossibilité d'éviter n'est venu détruire (...).'*' EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 15.

4.1.3. Toelichting op de Franse wetgeving

Zoals hiervoor al bleek werd Salabiaku uiteindelijk alleen veroordeeld ter zake van art. 392 jo. 414 van de Code des Douanes. Op basis van art. 392 was degene in wiens bezit smokkelwaar werd aangetroffen, verantwoordelijk voor de fraude (smokkel):

*Le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude.*¹¹⁰¹

Art. 414 bepaalde vervolgens dat elke vorm van smokkel, import of export van goederen die niet was aangegeven bij de douane, strafbaar was als *délit douanier*:

*‘(...) [T]out fait de contrebande ainsi que tout fait d’importation ou d’exportation sans déclaration lorsque ces infractions se rapportent à des marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées ou fortement taxées (...)’.*¹¹⁰²

Naar aanleiding van deze aansprakelijkheidsconstructie schreef de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in haar rapport dat het gaat om een strafbaar feit dat in de Franse doctrine wordt beschouwd als ‘matérielle’ of ‘non intentionnelle’. Als de in de delictsomschrijving bepaalde feiten bewezen zijn, is het strafbare feit een gegeven :

*‘L’infraction est simplement caractérisée par la situation irrégulière dans laquelle se trouve une marchandise et c’est le détenteur des marchandises en fraude qui est réputé auteur et qui est, à ce titre, pénalement responsable sans que l’administration des douanes soit tenue d’établir à sa charge un acte de participation personnelle.’*¹¹⁰³

Het *cour d’appel* in Parijs kwam echter niet alleen op basis van de *materialité* tot de conclusie dat Salabiaku aansprakelijk was. Uit het arrest blijkt het dat daarbij ook heeft meegewogen dat Salabiaku de waarschuwing van de medewerker van Air Zaire had genegeerd én had nagelaten de koffer te controleren. Door de toevoeging van dit tweede argument bracht het *cour d’appel* tot uitdrukking dat de aansprakelijkheid zowel op *materialité* als op *moralité* was gebaseerd.¹¹⁰⁴ Ook overwoog het *cour d’appel* dat er geen grond was om aan te nemen dat Salabiaku niet verantwoordelijk zou zijn voor de goederen die hij in zijn bezit had:

¹¹⁰¹ Art. 392 lid 1 Code des douanes (par. 1 van section 1 ‘Responsabilité pénale’).

¹¹⁰² Art. 414 Code des douanes, versie zoals die gold van 8 juli 1978 tot 9 juli 1987.

¹¹⁰³ Rapport ECRM 16 juli 1987, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk).

¹¹⁰⁴ Vgl. de opvattingen eerder besproken in hoofdstuk 3 (Schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid in het Franse strafrecht, par. 4.1, met name 4.1.1 en 4.1.2) over de structuur van het strafbare feit volgens Barris, verder uitgewerkt door Merlin en de wijze waarop Rossi dat koppelde aan de *culpabilité élémentaire/imputabilité proprement dite* (zelfde hoofdstuk, par. 4.2).

*‘[T]oute personne détenant une marchandise qu’elle a introduit[e] en France sans déclaration à la douane est présumée légalement responsable à moins qu’elle [ne] justifie d’un fait précis de force majeure l’exonérant, cette force majeure ne pouvant résulter que d’un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n’a pu prévoir ni conjurer (...)’;*¹¹⁰⁵

Overmacht gold in Frankrijk weliswaar als een omstandigheid die de verdachte van aansprakelijkheid kan bevrijden, maar in de Franse doctrine werd ook aangenomen dat pas sprake was van overmacht als een verdachte in het geheel geen keuze had in het wel of niet begaan van de gedraging.¹¹⁰⁶ De dader moet die gebeurtenis niet kunnen hebben voorzien noch kunnen hebben voorkomen (*‘événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n’a pu prévoir ni conjurer’*).¹¹⁰⁷ Salabiaku had echter geen beroep gedaan op overmacht, maar had gesteld dat sprake was van een *‘erreur invincible’* (verschoonbare dwaling). Nu Salabiaku had nagelaten de koffer te controleren, terwijl hij was gewezen op de mogelijkheid daartoe en op het risico dat er verboden goederen in de koffer zouden kunnen, had zijn verweer geen succes.

4.1.4. De procedure in Straatsburg

Nadat de nationale rechtsmiddelen waren benut zonder het gewenste resultaat, diende Salabiaku een klacht in bij het EHRM. Hij stelde dat zijn recht om voor onschuldig te worden gehouden totdat zijn schuld bewezen was, geschonden was doordat het voor hem onmogelijk was het vermoeden van bezit in art. 392 Code des douanes te weerleggen. De Franse overheid verdedigde art. 392 Code de douanes door erop te wijzen dat het artikel geen vermoeden van schuld, maar alleen een vermoeden van aansprakelijkheid vestigde:¹¹⁰⁸

‘The Government contended that Article 392 para. 1 of the Customs Code establishes not a presumption of guilt, but one of liability. In their view this distinction is

¹¹⁰⁵ *‘[A]ny person in possession (détention) of goods which he or she has brought into France without declaring them to customs is presumed to be legally liable unless he or she can prove a specific event of force majeure exculpating him; such force majeure may arise only as a result of an event beyond human control which could be neither foreseen nor averted ...’* Vertaling van deze bepaling ontleend aan de Engelstalige versie van de uitspraak, zie EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 14.

¹¹⁰⁶ Zie over de overmacht in het Franse strafrecht van de negentiende eeuw: hoofdstuk 3, par. 3.5.4, met name de zaak Ménard uit 1899; het moderne Franse strafrecht lijkt op dit punt weinig veranderd.

¹¹⁰⁷ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 19.

¹¹⁰⁸ Vgl. het betoog van de Minister waarin hij uitlegt hoe hij de aansprakelijkheid van de kentekenhouder op grond van de Wahv ziet, hiervoor in Hoofdstuk 6, par. 5.1.3.

“crucial”: “the persons in question do not commit the offence themselves”, but “answer for it before the courts” (...).¹¹⁰⁹

Bij de beoordeling van Salabiaku's klacht over art. 392 Code des douanes stelde het Hof voorop dat de verdragsluitende staten in beginsel vrij zijn om objectieve feiten te bestraffen, ongeacht of die zijn veroorzaakt door (kwade) opzet of nalatigheid:

*‘[I]n principle the Contracting States remain free to apply the criminal law to an act where it is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention (...) and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States.’*¹¹¹⁰

*‘Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. (...) Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.’*¹¹¹¹

Het Hof onderzocht daarna of in het geval van Salabiaku de toepassing van vermoedens binnen redelijke grenzen was gebleven gezien de belangen die op het spel stonden en de mate waarin Salabiaku in zijn verdedigingsrechten was beperkt. Daarbij wees het Hof allereerst op het feit dat de bewijslast in dit geval bij de vervolgende autoriteit lag, want die moest het bezit van de goederen bewijzen:

*‘[I]t falls to the prosecuting authority to establish possession of the “smuggled goods”. This is a simple finding of fact, which in general raises few problems because it is made on the basis of a report which is deemed to constitute sufficient evidence until forgery proceedings are instituted, if it has been drawn up by more than one official (Articles 336 para. 1 and 337 para. 1, paragraph 18 above). In this instance this finding was not challenged.’*¹¹¹²

¹¹⁰⁹ EHRM 7 oktober 1988, 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 24. Vgl. de overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot de kentekenaansprakelijkheid in de Wahv (HR 29 juni 1993, NJ 1994, 34 m.nt. Knigge), hiervoor in Hoofdstuk 6, par. 4.2.3.

¹¹¹⁰ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 27.

¹¹¹¹ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 28.

¹¹¹² EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 29.

Vervolgens bekeek het Hof welke mogelijkheden een verdachte had om het vermoeden van eigendom te weerleggen. Naast de ruimte voor het ontcrachten van een vermoeden, woog het Hof ook mee dat de Franse rechter op grond van verzachtende omstandigheden een lagere straf of in het geheel geen straf kon opleggen.¹¹¹³ Uit de jurisprudentie bleek bovendien dat als de verdachte kon bewijzen dat sprake was van overmacht, de rechter hem moest vrijspreken, ook al bleek dat niet met zoveel woorden uit de Code des Douanes:

‘Even though the “person in possession” is “deemed liable for the offence” this does not mean that he is left entirely without a means of defence. The competent court may accord him the benefit of extenuating circumstances (Article 369 para. 1), and it must acquit him if he succeeds in establishing a case of force majeure.

This last possibility is not to be found in the express wording of the Customs Code, but has evolved from the case-law of the courts in a way which moderates the irrebuttable nature previously attributed by some academic writers to the presumption laid down in Article 392 para. 1.(...) More recently, it [the Paris Court of Appeal] has held that “the specific character of [customs] offences does not deprive ... the offender of every possibility of defence since ... the person in possession may exculpate himself by establishing a case of force majeure” and, with regard to third parties with an interest in the offence, such “interest ... cannot be imputed to a person who has acted out of necessity or as a result of unavoidable error”(...).’¹¹¹⁴

Het Hof constateerde dat een verdachte zich tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid kon verweren door een beroep te doen op overmacht. Met betrekking tot de

¹¹¹³ Art. 369 Code des douanes (versie van de wettekst zoals die gold van 30 december 1977 tot 9 juli 1987, het gaat om het bepaalde in lid 2):

‘S’il retient les circonstances atténuantes, le tribunal peut : (...)

c) Réduire le montant des sommes tenant lieu de confiscation des marchandises de fraude jusqu’au tiers de la valeur de ces marchandises ;

d) Réduire le montant des amendes fiscales jusqu’au tiers de leur montant minimal, sous réserve des dispositions de l’article 437 ci-après ; (...)

(...) S’il retient les circonstances atténuantes à l’égard d’un prévenu, le tribunal peut: dispenser le prévenu des sanctions pénales prévues par le présent code, ordonner qu’il soit sursis à l’exécution de celles-ci, décider que la condamnation ne soit pas mentionné au bulletin n° 2 du casier judiciaire.

2. Les tribunaux ne peuvent relaxer les contrevenants pour défaut d’intention. (...).’

Het tweede lid van art. 369 werd geschrapt door de wet van 8 juli 1987 (nr. 87-502) om de vrijheid van de rechter te benadrukken, zoals Frankrijk dat ook deed tijdens de hoorzitting op 20 juni 1988. Het Hof constateerde dat Frankrijk tijdens de hoorzitting terecht had betoogd dat: *‘the French courts thus do enjoy a genuine freedom of assessment in this area and “the accused may ... be accorded the benefit of the doubt, even where the offence is one of strict liability”.*’ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 29.

¹¹¹⁴ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 29.

vordering van de douane tot het betalen van de verschuldigde belasting kon hij twee verzachtende omstandigheden aanvoeren: een soort noodtoestand (*nécessité*) en verschoonbare dwaling (*l'erreur invincible*).¹¹¹⁵ In principe had Salabiaku dus verschillende verweren naar voren kunnen brengen die ertoe hadden kunnen leiden dat het vermoeden in art. 392 werd weerlegd, althans dat de consequenties van dat vermoeden werden verzacht.

Door de manier waarop de Franse rechter tot zijn beslissing was gekomen was bovendien geen sprake van een mechanische toepassing van het vermoeden van eigendom, zo overwoog het Hof:

*'It is clear from the judgment of 27 March 1981 [Bobigny Tribunal de Grande Instance] and that of 9 February 1982 [Paris Court of Appeal], that the courts in question were careful to avoid resorting automatically to the presumption laid down in Article 392 para. 1 of the Customs Code. As the Court of Cassation observed (...), they exercised their power of assessment "on the basis of the evidence adduced by the parties before [them]". They inferred from the "fact of possession a presumption which was not subsequently rebutted by any evidence of an event responsibility for which could not be attributed to the perpetrator of the offence or which he would have been unable to avoid" (see paragraph 15 above). Moreover (...), the national courts identified in the circumstances of the case a certain "element of intent", even though legally they were under no obligation to do so in order to convict the applicant.'*¹¹¹⁶

Het Hof concludeerde dat door de wijze waarop de Franse rechters het vermoeden van art. 392 Code des douanes hadden toegepast, de onschuldpresumptie niet was geschonden.¹¹¹⁷ Het vermoeden was niet blindelings op Salabiaku toegepast en de rechters hadden, hoewel dat niet noodzakelijk was, vastgesteld dat er een 'element of

¹¹¹⁵ Salabiaku was veroordeeld tot het compenseren van de Franse douane tot een bedrag van 100000 FF, zie EHRM 7 oktober 1988, 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) §17-19. De Franse douane was partij in de procedure voorzover het 'fiscal penalties' betreft als 'party with an interest in the offence'; EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) §19.

¹¹¹⁶ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 30.

¹¹¹⁷ In zijn annotatie bij G. tegen het Verenigd Koninkrijk concludeert Ten Voorde naar aanleiding van het arrest Salabiaku tegen Frankrijk dat het Hof de onschuldpresumptie met een processuele 'bril' beoordeelt, omdat het Hof in het bijzonder kijkt naar de bewijslastverdeling; EHRM, 30 augustus 2011, EHRC 2011/167 m.nt. Ten Voorde. Zoals ook Keiler stelt op p. 29 van zijn proefschrift, betekent deze procesrechtelijk georiënteerde benadering van het EHRM geenszins dat die geen consequenties voor het materiële recht kan hebben; Keiler 2013, p. 29.

intent' was.¹¹¹⁸ Daardoor werd het verweer van Salabiaku dat het strafbare feit voor hem onvermijdelijk was geweest (*erreur invincible*) weerlegd.

4.1.5. Vervolg

Salabiaku tegen Frankrijk was de eerste uitspraak van het EHRM over het gebruik van feitelijke en juridische vermoedens in de strafwetgeving van de Verdragsstaten. Vier jaar na deze uitspraak bevestigde het Hof in Pham Hoang tegen Frankrijk de ingezette lijn.¹¹¹⁹ Net als Salabiaku werd Pham Hoang vervolgd op grond van art. 392 Code des Douanes.¹¹²⁰

Truan Tan Pham Hoang was een werkloze Fransman met een auto. Toen hij op 3 januari 1984 werd gearresteerd, stonden twee bekenden van Pham Hoang op het punt om in zijn auto te stappen. Ze hadden tassen bij zich waarvan later bleek dat daar (ruwe) heroïne in zat. Behalve Pham Hoang werden nog zes mensen aangehouden. Gezamenlijk werden zij ervan verdacht *'to produce, possess and supply drugs'*, namelijk heroïne.¹¹²¹ Ter zitting werd de verdenking uitgebreid met een douanedelict, het importeren van verboden goederen in het Franse territorium, door meer dan zes personen begaan.¹¹²² Terwijl vier medeverdachten werden veroordeeld tot gevangenisstraffen tussen de zes en twaalf jaar, werden Pham Hoang en twee andere medeverdachten vrijgesproken wegens gebrek aan bewijs. De rechter overwoog met betrekking tot Pham Hoang dat niet bewezen was dat Pham Hoang wist dat hij was betrokken bij een strafbaar feit:

¹¹¹⁸ Vgl. Alkema in zijn annotatie bij dit arrest; EHRM, 7 oktober 1988 (Salabiaku tegen Frankrijk), NJ 1991, 351 m.nt. Alkema.

¹¹¹⁹ EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk).

¹¹²⁰ Dit artikel luidde (destijds): *'A person in possession of smuggled goods shall be deemed responsible for customs evasion.'* Anders dan Salabiaku, werd Pham Hoang veroordeeld wegens het gezamenlijk begaan van het delict: *'guilty of having, in Paris and within the customs territory, from 1 December 1983 to 3 January 1984, committed as a person in possession or having an interest in customs evasion, the class 2 customs offence of unlawfully importing prohibited goods by means of a self-propelled vehicle and in a group of more than three individuals.'* Daarnaast was het vermoeden dat art. 419 Code des douanes vestigde van belang. Dit artikel bepaalde: *'In the absence of any proof of origin as indicated above, the goods in question are deemed to have been imported unlawfully'*.

¹¹²¹ EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) § 11.

¹¹²² EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) § 12: het delict werd omschreven als het *'within the French customs territory from 1 December 1983 to 3 January 1984 as persons in possession or having an interest in customs evasion, the class 3 customs offence of smuggling prohibited goods by means of a self-propelled vehicle and in a group of more than six individuals'*.

*'there is no evidence that Pham Hoang, who was involved only on an ad hoc basis, knowingly agreed to transport the goods and those in possession of them in his car.'*¹¹²³

De Directeur-Generaal van de Douane stelde hoger beroep in bij het *Cour d'appel* in Parijs. De vrijspraak van Pham Hoang en zijn medeverdachten was volgens hem in strijd met het bijzondere karakter van de douanedelicten.¹¹²⁴ Dit bijzondere karakter verhinderde dat goede trouw of onwetendheid tot vrijspraak kon leiden, zo stelde hij. Hij baseerde zich daarbij op art. 369 § 2 van de Code des Douanes waarin was bepaald dat

*'The courts shall not acquit offenders for lack of intent.'*¹¹²⁵

Daarnaast waren verschillende andere bepalingen van de Franse Code des Douanes van belang, die destijds vertaald in het Engels luiden:¹¹²⁶

Art. 392 § 1

'A person in possession of smuggled goods shall be deemed responsible for customs evasion.'

Art. 399

'1. Anyone who as a person having an interest has taken part in any way in a smuggling offence or an offence of undeclared importation or exportation shall be liable to the same penalties as anyone committing the offence and, furthermore, to the loss of rights provided for in Article 432 hereinafter.

2. The following shall be deemed to have an interest:

(a) owners and members of business undertakings, insurers, insurance policyholders, moneylenders, owners of goods and in general anyone who has a direct interest in customs evasion;

¹¹²³ EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) § 12.

¹¹²⁴ *'As regards Pham, it should be stated that he has always claimed that he 'knew nothing about the operation in which he took part'. He cannot be acquitted on this account, since intention does not have to be taken into consideration by the court for the customs offence to be made out (Art. 373 of the CC). (...) Pursuant to Article 369 of the CC [Customs Code], the court below was, however, entitled to find that there were extenuating circumstances in respect of Pham (...)'* EHRM, 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) § 14.

¹¹²⁵ Deze bepaling stond ook in Salabiaku tegen Frankrijk ter discussie, zij het minder nadrukkelijk dan hier.

¹¹²⁶ Zoals opgenomen onder 'Relevant domestic law' in de Engelstalige versie van de uitspraak; EHRM, 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) § 21-22.

- (b) *anyone who has contributed in any way to a series of acts committed by a number of individuals acting in concert, in accordance with a customs-evasion plan drawn up in order to achieve the jointly pursued purpose;*
 - (c) *anyone who has knowingly concealed the activities of smugglers or attempted to help them evade punishment or has purchased or possessed, even outside the customs zone, goods obtained by means of a smuggling offence or an offence of undeclared importation.*
3. *An interest in customs evasion cannot be imputed to anyone who has acted from necessity or as a result of unavoidable mistake.'*

De Directeur-Generaal concludeerde dat het ontbreken van bewijs dat Pham Hoang 'knowingly' betrokken was, op grond van art. 369 § 2 niet voldoende kon zijn voor een vrijspraak. Uit die bepaling leidde hij af dat onwetendheid en goede trouw volkomen irrelevant waren voor de aansprakelijkheid voor douanedelicten:

'Offences under the drugs legislation are inseparable from smuggling offences. Customs offences, however, are strict-liability offences provided for and punishable under a body of law separate from the ordinary law, and in particular under: 369 para. 2: good faith is of absolutely no effect (...).'

Volgens de Directeur-Generaal was de aansprakelijkheid als gevolg van art. 369 § 2 Code des Douanes een 'strict liability': de aansprakelijkheid was gebaseerd op een vermoeden van betrokkenheid dat niet ontkracht kon worden, zelfs niet door goede trouw.¹¹²⁷ Het *Cour d'appel* was dat met hem eens. Dit leidde ertoe dat Pham Hoang en zijn medeverdachten in hoger beroep werden veroordeeld tot het gezamenlijk betalen van een boete van (in totaal) 2.835.000 Franse *francs* ter zake van het douanedelict plus een bedrag van dezelfde hoogte aan de douane.¹¹²⁸ Daarbij overwoog het *cour d'appel* dat de aard van het douanedelict ertoe leidde dat het strafbare feit op grond van de vastgestelde feiten (snel) bewezen was, maar dat dit de burger niet van zijn verdedigingsmogelijkheden beroofde:

'The special nature of these offences does not, however, deprive the offender of any possibility of raising a defence, seeing that the law provides that a person in possession can exonerate himself by proving force majeure and that an interest in

¹¹²⁷ Artikel 369 lid 2 Code des Douanes bepaalde: '*Les tribunaux ne peuvent relaxer les contrevenants pour défaut d'intention. (...).'*'

¹¹²⁸ Zijn persoonlijke aansprakelijkheid stelde de rechter op 1 miljoen *francs*. EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) §16.

*customs evasion cannot be imputed to anyone who has acted from necessity or as a result of an unavoidable mistake.*¹¹²⁹

Het *cour d'appel* overwoog dat de aard van het douanedelict weinig ruimte bood voor verweer. Pham Hoang had evenwel een aantal verweren kunnen voeren om zijn aansprakelijkheid te verminderen of op te heffen. Het door hem gevoerde verweer (dat kennelijk neer kwam op 'ik wist het niet') was echter geen grond voor straffeloosheid. Dat dit verweer niet bevrijdend werkte, was naar het oordeel van het EHRM geen reden om aan te nemen dat de onschuldpresumptie was geschonden. Van belang daarbij achtte het Hof dat de rechters het vermoeden van bezit niet mechanisch hadden toegepast:

*'[T]he Court of Appeal duly weighed the evidence before it, assessed it carefully and based its finding of guilt on it. It refrained from any automatic reliance on the presumptions created in the relevant provisions of the Customs Code and did not apply them in a manner incompatible with Article 6 paras. 1 and 2 (art. 6-1, art. 6-2) of the Convention (see, mutatis mutandis, the Salabiaku judgment (...) para. 30).*¹¹³⁰

4.2. Uitwerking kern Salabiaku tegen Frankrijk in jurisprudentie

4.2.1. Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden en Janosevic tegen Zweden

In Salabiaku tegen Frankrijk en Pham Hoang tegen Frankrijk was de wijze waarop de rechters een wettelijk vermoeden hadden toegepast dat aan de aansprakelijkheid ten grondslag lag een van de redenen waarom het EHRM concludeerde dat de onschuldpresumptie in die procedures niet was geschonden. In Västberga Taxi Aktibolag (AB) en Vulic tegen Zweden en Janosevic tegen Zweden ging het om naheffingen naar aanleiding van beslissingen van de Zweedse Belastingdienst. Het vermoeden in de Zweedse belastingwetgeving dat in de zaken van Janosevic, Västberga Taxi AB en Vulic een prominente rol speelde, werd door de Zweedse Belastingdienst mechanisch toegepast. Pas in beroep werd door de rechter een zorgvuldig onderzoek naar de omstandigheden van het geval gedaan. Het Hof deed in beide zaken op dezelfde dag uitspraak met gelijkkluidende overwegingen inzake de

¹¹²⁹ Met betrekking tot de speciale aard van douane delicten overwoog het *cour d'appel* ook nog: *'It is the special nature of customs offences, which are complete as soon as the smuggled goods cross the border, that compels the legislature to define them as offences which are made out as soon as the physical acts which disclose their existence have been evidenced on French territory.'* EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) §16.

¹¹³⁰ EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87 (Pham Hoang tegen Frankrijk) § 36.

vraag of het vermoeden in de Zweedse belastingwetgeving in overeenstemming met de onschuldpresumptie was toegepast.¹¹³¹

In de herfst van 1995 deed de Zweedse Belastingdienst een grootschalig onderzoek naar taxibedrijven. Dit onderzoek werd uitgevoerd door middel van audits waarbij voor de belastingdienst relevante gegevens werden verzameld. De tijdens de audit verzamelde gegevens bleken af te wijken van de gegevens die de klagers bij het EHRM, Janosevic, Vulic en Västberga Taxi AB, aan de Belastingdienst hadden verstrekt. Op basis van de audit concludeerde de Belastingdienst onder andere dat de omzet van de taxibedrijven de betreffende jaren hoger was geweest dan de omzet die de Zweedse Belastingdienst als uitgangspunt had genomen bij het bepalen van de hoogte van de verschuldigde belasting. Dit leidde tot een herberekening van de verschuldigde belasting en een naheffing. Een en ander betekende een forse verhoging van het verschuldigde bedrag.¹¹³²

Daarnaast kregen zij alle drie een boete ('*tax surcharge (skattetillägg, avgiftstillägg)*') voor het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens.¹¹³³ De Zweedse Belastingwet ging er vanuit dat de belastingplichtige verweten kon worden dat hij onjuiste of onvolledige informatie had verstrekt. Op grond van dit vermoeden werden boetes opgelegd in de vorm van verhogingen van 20% tot 40% van de naheffing ('*increased tax liability*').¹¹³⁴

¹¹³¹ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden), EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden).

¹¹³² EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden) § 9: *increased (...) income tax by 286,859 Swedish kronor (SEK), to value-added tax (mervärdesskatt) by SEK 192,866 and to employer's contributions (arbetsgivaravgifter) by SEK 253,783.* Voor Vulic betekende dat een naheffing op grond van de inkomstenbelasting van SEK 146.602, terwijl het bedrijf Västberga Taxi AB een naheffing van, in totaal, SEK 173.606 kreeg (EHRM 23 juli 2002, appl. nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) § 10).

¹¹³³ Bovendien werden die boetes en de verschuldigde belasting direct geïnd, voordat de uitkomst van de bezwaarprocedures bekend was. Het EHRM veroordeelde dat niet, maar dit betekent volgens Meijer niet dat de mogelijkheden tot dadelijke tenuitvoerlegging onbegrensd zijn. Zij wijst erop dat daarbij rekening moet worden gehouden met de belangen van de veroordeelde en de maatschappelijke belangen die ten grondslag liggen aan het voorschrift dat de veroordeeld wederom een misdrijf zal begaan; S. Meijer, 'De dadelijke uitvoerbaarheid van rechterlijke beslissingen', *DD* 2013-8. Zie ook Feteris in zijn annotatie bij dit arrest; EHRM23 juli 2002 (Västberga Taxi AB en Vulic tegen Zweden), *BNB* 2003/2 m.nt. Feteris.

¹¹³⁴ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) § 10, 12; EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden) § 9. Bovenop de naheffingen kwamen nog toeslagen van SEK 37410 (Taxibedrijf) resp. SEK 57757 (Vulic) en SEK 161261 (Janosevic). Omgerekend bedroegen de boetes ongeveer € 4400,-, € 6800,- en € 19000.

Zowel tegen de naheffingen als tegen de boetes maakten Västberga Taxi AB, Vulic en Janosevic bezwaar, maar zonder het gewenste resultaat. Voor het EHRM stelden zij dat de oplegging van de naheffing en de boete (onder andere) de onschuldpresumptie schond, omdat het vermoeden dat de belastingplichtige onjuiste gegevens had versterkt, niet weerlegbaar was. Volgens hen had de Zweedse Belastingdienst uit de gegevens die waren verzameld tijdens de audit ten onrechte de conclusie getrokken dat zij onjuiste informatie hadden verstrekt, omdat die gegevens in hun ogen een verkeerd beeld gaven.¹¹³⁵

Dit verweer kan niet los worden gezien van het systeem van de Zweedse belastingwetgeving. In de Zweedse belastingwetgeving waren er twee gronden voor het opleggen van een boete: in de eerste plaats de vaststelling dat de versterkte informatie onjuist was en daarnaast de vaststelling dat de verstrekte informatie niet bruikbaar was.¹¹³⁶ Niet elke afwijking van de gegevens van de Belastingdienst leidde (automatisch) tot de conclusie dat onjuiste informatie was verstrekt. Als echter werd vastgesteld dat de belastingplichtige onjuiste of onbruikbare informatie had verstrekt, werd een boete opgelegd.¹¹³⁷ Een boete kon door de Belastingdienst echter worden verlaagd of kwijtgescholden, bijvoorbeeld wanneer de boete overduidelijk onredelijk (*'manifestly unreasonable'*) zou zijn:

¹¹³⁵ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) § 114; EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden) § 102: *'[T]he applicants have maintained that they submitted correct information in their tax returns and that the Authority's tax assessments were erroneous as they were based on inaccurate information gathered during the tax audit.'*

¹¹³⁶ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden) § 33: *'A tax surcharge is imposed on a taxpayer in two situations: if he or she, in a tax return or in any other written statement, has submitted information of relevance to the tax assessment which is found to be incorrect (Chapter 5, section 1, of the Taxation Act) or if, following a discretionary assessment, the tax authority decides not to rely on the tax return (Chapter 5, section 2).'*

¹¹³⁷ Het Zweedse systeem zoals dat hier beschreven wordt, werd ingevoerd om op een eerlijkere en effectievere manier te straffen ten behoeve van een efficiënt systeem van informatieverkrijging: *'For the purpose of securing timely, sufficient and correct information, there are provisions stipulating that, under certain circumstances, the tax authorities may impose penalties on the taxpayer in the form of tax surcharges. These surcharges were introduced into Swedish legislation in 1971. The new provisions entered into force on 1 January 1972 at the same time as a new act on tax offences. According to the preparatory documents (Government Bill 1971:10), the main purpose of the reform was to create a more effective and fairer system of penalties than the old one, which was based entirely on criminal penalties determined by the ordinary courts following police investigation and prosecution. Unlike penalties for tax offences, the new surcharges were to be determined solely on objective grounds, and, accordingly, without regard to any form of criminal intent or negligence on the part of the taxpayer.'* EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) § 38-39.

'However, incorrect claims are not penalised; if the taxpayer has given a clear account of the factual circumstances but has made an incorrect evaluation of the legal consequences thereof, no surcharge is imposed. (...)

Notwithstanding the fact that the taxpayer has furnished incorrect information, no tax surcharge will be imposed in certain situations, for example where the tax authority has corrected obvious miscalculations or written errors by the taxpayer, (...) or where the taxpayer has corrected the information voluntarily (Chapter 5, section 4).

Moreover, in certain circumstances, a tax surcharge will be remitted. Thus, taxpayers will not have to pay a surcharge if their failure to submit correct information or to file a tax return is considered excusable owing to their age, illness, lack of experience or comparable circumstances. The surcharge should also be remitted where the failure appears excusable by reason of the nature of the information in question or other special circumstances, or where it would be manifestly unreasonable to impose a surcharge (Chapter 5, section 6).'¹¹³⁸

In de procedure moest de Belastingdienst bewijzen dat de verstrekte informatie onjuist of onbruikbaar was, terwijl de belastingplichtige aannemelijk kon maken dat er een grond was om af te zien van het opleggen van de toeslag of het verminderen van de hoogte ervan.¹¹³⁹ De Zweedse rechter kon ook ambtshalve aan deze gronden toetsen.

¹¹³⁸ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden) § 33-35; EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) §40-42.

¹¹³⁹ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden) § 33: *'A tax surcharge is imposed on a taxpayer in two situations: if he or she, in a tax return or in any other written statement, has submitted information of relevance to the tax assessment which is found to be incorrect (Chapter 5, section 1, of the Taxation Act) or if, following a discretionary assessment, the tax authority decides not to rely on the tax return (Chapter 5, section 2). (...) However, incorrect claims are not penalised; if the taxpayer has given a clear account of the factual circumstances but has made an incorrect evaluation of the legal consequences thereof, no surcharge is imposed. The burden of proving that the information is incorrect lies with the tax authority. A discretionary tax assessment is made if the taxpayer has submitted information which is so inadequate that the tax authority cannot base its tax assessment on it or if he or she has not filed a tax return despite having been reminded of the obligation to do so (Chapter 4, section 3). In the latter case the decision to impose a tax surcharge will be revoked if the taxpayer files a tax return within a certain time-limit. The surcharge amounts to 40% of either the income tax which the tax authority would have failed to levy if it had accepted the incorrect information or the income tax levied under the discretionary assessment. The corresponding provisions on value-added tax and employer's contributions stipulate that the surcharge comes to 20% of the supplementary tax levied on the taxpayer. In certain circumstances, the rates applied are 20% or 10%, respectively, for the various types of tax.'*

Het Hof stelde vast dat de toeslagen op objectieve gronden werden opgelegd, omdat men ervan uitging dat de belastingplichtige kon worden verweten dat hij onjuiste informatie had vertrekt:

*'[T]he starting point for the tax authorities and courts must be that inaccuracies found during a tax assessment are due to an inexcusable act attributable to the taxpayer and that it is not manifestly unreasonable to impose a tax surcharge as a penalty for that act. The Swedish tax system thus operates with a presumption, which it is up to the taxpayer to rebut.'*¹¹⁴⁰

Het Hof overwoog dat de Verdragsstaten, onder bepaalde voorwaarden, eenvoudige en objectieve feiten mogen bestraffen. Ook concludeerde het Hof dat het gebruik van vermoedens in principe niet in strijd is met het EVRM, maar dat het gebruik van dergelijke vermoedens wel in een redelijke verhouding moet staan tot het legitieme doel dat daarmee nagestreefd werd:

*'in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.'*¹¹⁴¹

Wat *the means employed* betreft: het vermoeden in de Zweedse belastingwet was niet eenvoudig te weerleggen, constateerde het Hof. Maar de verdachte kon een aantal gronden naar voren brengen om te bereiken dat van het opleggen van een toeslag zou worden afgezien of de op te leggen boete zou worden verminderd.¹¹⁴² Wat het legitieme doel betreft dat werd nagestreefd: dat was hier het financiële belang van de Staat bij adequate belastingheffing.

Het Hof moest dus beoordelen of het gebruik van het vermoeden dat het verstrekken van onjuiste informatie aan de belastingplichtige kon worden verweten, in dit geval in redelijke verhouding stond tot het belang van de Zweedse Staat bij een adequate belastingheffing.¹¹⁴³ Daarbij merkte het Hof op dat een systeem dat zo sterk afhankelijk is van de juistheid van de versterkte informatie, vanwege de kwantiteit van die informatie en het belang van een voorspelbare en voorzienbare sanctionering van het verstrekken van onjuiste informatie, niet zonder gestandaardiseerde regels voor

¹¹⁴⁰ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) § 112.

¹¹⁴¹ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) § 113.

¹¹⁴² EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (Janosevic tegen Zweden) § 102. De Zweedse rechter had echter ambtshalve geconcludeerd dat deze gronden niet van toepassing waren.

¹¹⁴³ Deze invulling van de invulling van het betrokken belang (*'the importance of what is at stake'*) is opmerkelijk, aldus Feteris in zijn annotatie bij dit arrest; EHRM23 juli 2002 (Västberga Taxi AB en Vulic tegen Zweden), BNB 2003/2 m.nt. Feteris.

het opleggen van sancties kan. Het Hof concludeerde daarom dat het automatisch opleggen van die sanctie geen inbreuk op de onschuldpresumptie opleverde:

'A system of taxation principally based on information supplied by the taxpayer would not function properly without some form of sanction against the provision of incorrect or incomplete information, and the large number of tax returns that are processed annually coupled with the interest in ensuring a foreseeable and uniform application of such sanctions undoubtedly require that they be imposed according to standardised rules.

*(...) In view of what has been stated above, in particular the fact that the relevant rules on tax surcharges provide certain means of defence based on subjective elements and that an efficient system of taxation is important to the State's financial interests, the Court considers that the presumptions applied in Swedish law with regard to surcharges are confined within reasonable limits.'*¹¹⁴⁴

Het Hof heeft, behalve aan het belang van de Staat bij een adequate belastingheffing, ook waarde gehecht aan de overweging van het Zweedse *Supreme Administrative Court* dat de (Zweedse) rechtbanken in elke zaak zorgvuldig en uitgebreid onderzoek deden om te bepalen of er gronden aanwezig waren voor het verlagen van de belastingtoeslag:

*'that the courts ... make a nuanced and not too restrictive assessment in each individual case as to whether there are grounds for setting aside or remitting the tax surcharge.'*¹¹⁴⁵

Hoewel de Zweedse rechter kennelijk een meer genuanceerde benadering hanteerde, werd de toeslag in eerste instantie automatisch opgelegd op basis van gestandaardiseerde regels. Al met al achtte het Hof het automatisch opleggen van een toeslag na de vaststelling dat onjuiste informatie was verstrekt *'reasonably proportionate'* in het licht van de belangen van de Staat met betrekking tot zijn belangrijkste inkomstenbron en het goed functioneren van het belastingstelsel als systeem.¹¹⁴⁶

De Zweedse zaken hebben met *Salabiaku* tegen Frankrijk en *Pham Hoang* tegen Frankrijk gemeen dat ook in deze zaken blijkt dat het EVRM ruimte laat voor aansprakelijkheid in het kader van een *criminal charge* op basis van rechtsvermoedens.

¹¹⁴⁴ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (*Janosevic* tegen Zweden) § 103-104; EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (*Västberga Taxi Aktibolag* en *Vulic* tegen Zweden) § 115-116.

¹¹⁴⁵ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97 (*Janosevic* tegen Zweden) § 104; EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (*Västberga Taxi Aktibolag* en *Vulic* tegen Zweden) § 116.

¹¹⁴⁶ Overigens werd Zweden wel veroordeeld voor schending van art. 6 op grond van de lengte van de procedure.

In één opzicht gaat de wijze waarop in de Zweedse zaken aansprakelijkheid werd vastgesteld nog wat verder. De Franse boetes werden aan Salabiaku en Pham Hoang opgelegd door een Franse rechter na een weging van de feiten en de vaststelling van een *élément intentionnel*. De belastingtoeslagen in Zweden werden echter automatisch opgelegd, op basis van gestandaardiseerde regels. Pas in beroep werd een rechter bij de zaak betrokken en keek die naar de omstandigheden van het geval.

4.2.2. Radio France e.a. tegen Frankrijk

In de uitspraak inzake Radio France e.a. tegen Frankrijk klaagden Radio France e.a. over schending van art. 6 en 7 EVRM. Aanleiding voor de klachten was de vervolging en veroordeling van Radio France, de *publishing director* van Radio France en een journalist van Radio France voor het publiekelijk kwaadspreken over een ambtenaar. Op 'France Info', een zender van Radio France, werd op 31 januari en 1 februari 1997 meerdere keren per uur een onjuist nieuwsbericht voorgelezen.¹¹⁴⁷ In dat bericht werd beweerd dat Michel Junot, de loco-burgemeester van Parijs in 1942, net als een andere hoge Franse ambtenaar (Maurice Papon) tijdens de Tweede Wereldoorlog betrokken zou zijn geweest bij de deportatie van Joden uit het deportatiekamp in Drancy (bij Parijs):

*'Selon l'hebdomadaire Le Point, un ancien maire adjoint de Paris a supervisé la déportation d'un millier de juifs français et étrangers en 1942. Michel Junot, aujourd'hui âgé de 80 ans, était alors sous-préfet de Pithiviers. Il reconnaît avoir organisé le départ d'un convoi de déportés vers Drancy. (...) Pour sa défense cet ancien adjoint au maire de Paris de 1977 à 1995 soutient, comme Maurice Papon, qu'il ne connaissait pas le sort des juifs déportés. Michel Junot ajoute que les crimes de cette époque doivent être recouverts du voile pudique de l'Histoire.'*¹¹⁴⁸

Het aangehaalde artikel in 'Le Point' concludeerde echter het tegenovergestelde, namelijk dat Junot niet 'comme Maurice Papon', maar: 'A la différence – notable – de

¹¹⁴⁷ Radio Fance Info verzorgde twee nieuwsbulletins en twee nieuwsflashes per half uur (in totaal dus zes keer uur). Het bericht werd voor het eerst voorgelezen op 31 januari 1997 om 17 uur en daarna herhaald tot 11 uur de volgende ochtend. Op 31 januari werd na 23 uur in enkele nieuwsbulletins vermeld dat Junot alleen verantwoordelijk was geweest voor het bewaken van de orde. Pas na elf uur de volgende ochtend werd systematisch aan het nieuwsbericht toegevoegd dat Junot alle beschuldigingen ontkende.

¹¹⁴⁸ 'According to the weekly magazine Le Point, a former deputy mayor of Paris supervised the deportation of a thousand French and foreign Jews in 1942. Michel Junot, now aged 80, was Deputy Prefect of Pithiviers at the time. He admits that he organised the departure of a transport of deportees to Drancy. (...) In his defence, the former deputy mayor of Paris between 1977 and 1995 maintains, like Maurice Papon, that he knew nothing of the fate of the deported Jews and says that the discreet veil of history should be drawn over the crimes of those days.'

Maurice Papon, il [Junot] n'a pas délivré des ordres d'arrestation, d'internement et de transfert de personnes à Drancy.'

Naar aanleiding van dit nieuwsbericht dagvaardde Junot de *publishing director*, de journalist van France Info die het nieuwsbericht had opgesteld en Radio France voor het *tribunal correctionnel* in Parijs als respectievelijk de dader, de medeplechtige (*complice*) en de civielrechtelijk verantwoordelijke voor het publiekelijk kwaadspreken over een ambtenaar met een publieke functie ('*diffamation publique envers un fonctionnaire public*').¹¹⁴⁹

De Franse wet stelde in de eerste plaats de *publishing director* verantwoordelijk voor de berichtgeving, omdat hij een zorgplicht had ten aanzien van de kwaliteit van de berichtgeving. Die zorgplicht bestond het houden van toezicht op de berichtgeving. Dit volgde uit art. 93-3 van de wet '*sur la communication audiovisuelle*' in combinatie met de interpretatie van die bepaling door de Franse rechtspraak.

Art. 93-3 van de wet van 29 juli 1982 '*sur la communication audiovisuelle*'
'[T]he *publishing director* (...) shall be prosecuted as the principal offender provided that the content of the offending statement has been fixed prior to being communicated to the public.'¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁹ Op grond van art. 29, 1^e alinea, en art. 31, 1^e alinea, van de wet van 29 juli 1881 '*Sur la liberté de la presse*' (wet op de persvrijheid). Art. 29, 1^e alinea (versie geldig sinds 1881) luidt: '*Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés.*' Art. 31, 1^e alinea voegde daaraan toe dat de *complice* met dezelfde straf gestraft wordt als de dader: '*Sera punie de la même peine, la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'Etat, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.*' NB. Radio France is door het EHRM aangemerkt als een non gouvernementele organisatie en was daarom ook ontvankelijk, zie EHRM, 23 maart 2003, beslissing, appl.nr. 53984/00, Reports of Judgments and Decisions 2003-X (Radio France tegen Frankrijk) § 26.

¹¹⁵⁰ '*Au cas où l'une des infractions prévues par le chapitre IV (...) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est commise par un moyen de communication audiovisuelle, le directeur de la publication (...) sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. (...) Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice. (...).*' EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk) § 16.

Cruciaal onderdeel van deze bepaling is dat het bericht vaststaat, 'fixed' is, voorafgaand aan de uitzending. Uit de uitspraak van het EHRM blijkt dat de Franse rechter in eerste aanleg had geoordeeld dat aan vereist was voldaan, niet voor de eerste uitzending van het nieuwsbericht, maar wel voor alle daaropvolgende uitzendingen:

*'The court found the second applicant, in his capacity as publishing director, not liable for the first broadcast, which had been made live by the third applicant on 31 January at 6 p.m. It found, however, that the same statement had been repeated either in full or in condensed form by the various presenters who subsequently went on air, and that such "systematic repetition of the disputed statements" should be construed as "rolling broadcasting" within the meaning of section 93-3 of the 1982 Act.'*¹¹⁵¹

De *publishing director* was verantwoordelijk voor alle uitzendingen na de allereerste uitzending van het bericht, omdat het bericht na de eerste uitzending vaststond en de *publishing director* de plicht had door toezicht en controle lasterlijke uitspraken op de radio te voorkomen, aldus de Franse rechter:

*'[The second applicant], as publishing director, whose duty it is to control what is broadcast on the channel for which he is responsible, is therefore liable in law as principal for the offence of defamation.'*¹¹⁵²

In hoger beroep lichtte het *cour d'appel* deze aansprakelijkheid toe:

*'This section [93-3 loi sur la communication audiovisuelle] is intended to absolve the publishing director of an audiovisual operator of liability for live broadcasts whose contents he is unable effectively to monitor and control. But this cannot be said of a rolling news bulletin whose content may be monitored and controlled by making the necessary arrangements to that effect.(...) Content may also be fixed by a communication method based on repetition which effectively requires it to be fixed but not necessarily by mechanical means.'*¹¹⁵³

Naast de directeur werd ook de journalist vervolgd die het nieuwsbericht had geschreven. Op grond van de Franse wet kon hij alleen als medeplichtige (*complice*) worden aangesproken.

¹¹⁵¹ Uitspraak van 25 november 1997, zie EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Franrijk) §11.

¹¹⁵² EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Franrijk) § 11.

¹¹⁵³ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Franrijk) §12.

Ter verdediging voerden de directeur en de journalist twee verweren: het bericht was niet goedgekeurd door de publishing director en de journalist die het bericht had opgesteld, was daarbij te goeder trouw.

Met betrekking tot het houden van toezicht beweerde de publishing director dat hij wel toezicht hield, maar dit nieuwsbericht niet had goedgekeurd en dat hij dus ook niet aansprakelijk kon zijn voor de lasterlijke uitspraak.

Wat betreft de goede trouw van de journalist, betoogden zij dat de journalist zou zich hebben vergist. Ter ondersteuning van die stelling wees de verdediging erop dat de journalist zorgvuldig onderzoek had gedaan en voorzichtige bewoordingen had gekozen voor het nieuwsbericht. Vanwege het proces tegen Papon stond de bezettingstijd op dat moment in de publieke belangstelling en sloot het nieuwsbericht aan bij die belangstelling.¹¹⁵⁴

De goede trouw en het zorgvuldige onderzoek van de journalist waren naar het oordeel van het *tribunal* niet aannemelijk geworden, omdat de documenten waar het nieuwsbericht op gebaseerd was een andere strekking hadden:

'There being a presumption that defamatory statements are made in bad faith, it is for the defendants to prove their good faith.

*(...) As evidence that he had carried out a serious investigation, Bertrand Gallicher [de journalist] told the Court that he had been in possession of the article published in Le Point on the previous day, and of three agency dispatches; however these dispatches, which simply quoted large sections of the magazine article, could not, without more, provide the journalist with a legal defence. The journalist also produced the documents mentioned in Le Point (...). In short, the documents in Bertrand Gallicher's possession did not give him grounds for alleging that Mr Junot was guilty of having participated in crimes against humanity.'*¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁴ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk) § 10: *'In their defence, the applicants argued that the case under section 31 of the 1881 Act was inadmissible, because Mr Junot had been retrospectively stripped of his status as a civil servant at the time of the Liberation. They also contended that the prosecution's case against the second applicant was inadmissible: the disputed statement had been broadcast live and its content could not therefore be construed as having been "fixed prior to being communicated to the public" within the meaning of section 93-3 of the Audiovisual Communication Act of 29 July 1982 ("the 1982 Act"). Moreover, they submitted that the third applicant had acted in good faith. In that connection, they argued that public interest in the period of the Occupation had been revived by the news of the Papon trial; that the third applicant had been in possession of the article published in Le Point on the previous day along with three agency dispatches; that it had been reasonable to link the cases of Mr Junot and Mr Papon because both men had held high public office during the Occupation and had subsequently enjoyed brilliant political careers; that the use of the conditional tense and the absence of any personal comment about Mr Junot demonstrated the journalist's caution; and that France Info had reported Mr Junot's denials from 6 a.m. on 1 February onwards.'*

¹¹⁵⁵ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk) §11.

Dit baatte niet: het *tribunal correctionnel* verwierp de verweren en veroordeelde beide tot een boete van 20000,- Franse *francs* (omgerekend ongeveer € 3049) en het gezamenlijk betalen van een schadevergoeding van 50.000 Franse *francs* (€ 7622). Bovendien werd Radio France Info verplicht om gedurende 24 uur elk half uur de inhoud van het vonnis te bespreken.¹¹⁵⁶

De *publishing director*, de journalist en Radio France stapten naar het EHRM. Daar klaagden zij dat art. 6-2 en 7 EVRM waren geschonden. Ten aanzien van de onschuldpresumptie was de schending volgens hen een gevolg van de wijze waarop de Franse rechters waren omgegaan met het vermoeden van aansprakelijkheid in art. 93-3 van de wet van 1982. Dat vermoeden van verantwoordelijkheid werd, wat de *publishing director* betreft, ‘*automatically and necessarily*’ afgeleid uit zijn functie en het feit dat het bericht was uitgezonden.¹¹⁵⁷ De applicanten stelden dat de aansprakelijkheidsconstructie zo was opgezet dat de directeur verantwoordelijk was, ongeacht zijn verweer of de omstandigheden waaronder het bericht was uitgezonden. Er zou daarom sprake zijn van een onweerlegbaar vermoeden.

De aansprakelijkheid van de directeur kwam tot stand op het moment dat het bericht werd uitgezonden en de inhoud van het bericht lasterlijk bleek te zijn, zo constateerde het Hof:

*‘The result of section 93-3 of the 1982 Act and section 29 of the 1881 Act is that in the field of audiovisual communication a publishing director is criminally responsible – as principal – for any defamatory statement made on air (...). In such a case, as soon as the statement’s defamatory character has been established, the offence is made out as regards the publishing director (...) without it being necessary to prove mens rea on his part.’*¹¹⁵⁸

Met de publicatie van de lasterlijke uitspraken was de aansprakelijkheid van de directeur dus min of meer gegeven. Het Hof stelde vast dat het vermoeden waarop de aansprakelijkheid was gebaseerd, moeilijk te weerleggen was. Toch was het vermoeden van verantwoordelijkheid niet de enige basis voor aansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid moesten daarnaast nog een aantal elementen bewezen worden:

‘A number of elements have to be proved before the publishing director can be convicted: he must have the status of publishing director; the offending statement

¹¹⁵⁶ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk) § 11.

¹¹⁵⁷ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk) § 21.

¹¹⁵⁸ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk) § 24.

*must have been broadcast and must be defamatory; and the content of the statement must have been fixed before it was broadcast.*¹¹⁵⁹

Naar aanleiding van de Franse wetgeving en doctrine constateerde het Hof voorts dat de Franse wetgever de verantwoordelijkheid voor het toezicht op de kwaliteit van de berichtgeving bij de directeur had uitgewerkt in een zorgplicht:

*'As pointed out above, section 93-3 is intended to punish a publishing director who has failed to perform his duty of overseeing the content of remarks made on air in those cases where he would have been able to exercise such oversight before they were broadcast.*¹¹⁶⁰

De strafbepaling moet het publieke belang dienen door op effectieve wijze te voorkomen dat valse en lasterlijke uitspraken via de media worden verspreid. In het licht van dat belang wordt de directeur geacht toezicht te houden, een vermoeden dat naar het oordeel van het Hof binnen redelijke grenzen bleef:

*'That being the case, and having regard to the importance of what was at stake – effectively preventing defamatory or insulting allegations and imputations being disseminated through the media by requiring publishing directors to exercise prior supervision – the Court considers that the presumption of responsibility established by section 93-3 of the 1982 Act remains within the requisite “reasonable limits”. Noting in addition that the domestic courts examined with the greatest attention the applicants’ arguments relating to the third applicant’s good faith and their defence that the content of the offending statement had not been fixed in advance, the Court concludes that in the present case they did not apply section 93-3 of the 1982 Act in a way which infringed the presumption of innocence.*¹¹⁶¹

Het vermoeden van verantwoordelijkheid was voor de directeur dus alleen te weerleggen als aannemelijk werd dat het bericht niet van tevoren vastgesteld (*fixed*) was, zoals bij een live uitzending. Bij de beoordeling van dit vermoeden legde in deze

¹¹⁵⁹ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk) § 24.

¹¹⁶⁰ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk), § 24. Eerder stelde het Hof (§ 20) met betrekking tot deze bepaling (in het kader van een klacht over schending van art. 7 EVRM): *‘The Court notes that the presumption of the publishing director’s responsibility established by section 93-3 of the 1982 Act is the corollary of the latter’s duty to check the content of the “statements” put out through the medium for which he works. The reason, therefore, why the publishing director’s responsibility is engaged only where the content of the offending “statement” has been “fixed” prior to being broadcast is that he is deemed on account of that “prior fixing” to have been placed in a position to apprise himself of its content and check it before it is broadcast.*’

¹¹⁶¹ EHRM, 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (Radio France e.a. tegen Frankrijk), § 24.

zaak het doel van de strafbepaling, het voorkomen van de verspreiding van lasterlijke uitspraken via de media, gewicht in de schaal. In de belangenafweging die het Hof maakt op basis van de *importance of what is at stake*, achtte het Hof in dit geval een beperking van de mogelijkheden voor verweer acceptabel.

4.2.3. Klouvi tegen Frankrijk

Zoals de zaken van Salabiaku, Pham Hoang en Radio France e.a. laten zien, zijn de strenge eisen die in Frankrijk aan bevrijdende verweren worden gesteld al meerdere keren aanleiding geweest voor een klacht bij het EHRM over schending van de onschuldpresumptie. Uit de hiervoor besproken uitspraken bleek dat het Hof strenge eisen aan bevrijdende of strafverminderende verweren op zichzelf niet zag als een schending van de onschuldpresumptie. Een belangrijk en terugkerend argument bij de beoordeling van klachten over de onschuldpresumptie was de zorgvuldige wijze waarop de nationale rechter de zaak had onderzocht. Juist dat punt, de mogelijkheid tot het doen van een zorgvuldig onderzoek naar de feiten, ontbrak in de zaak Klouvi tegen Frankrijk.

Agnès Klouvi deed op 26 september 1994 aangifte tegen haar voormalige leidinggevende wegens verkrachting en seksuele intimidatie (*viol et harcèlement sexuel*). Volgens haar zou zij tussen 1992 en 1994 door haar voormalig leidinggevende, P., regelmatig zijn lastiggevallen en verkracht. De ongewenste intimiteiten en verkrachtingen hielden op nadat zij was overgeplaatst naar een andere afdeling.

Naar aanleiding van haar aangifte werd op 22 maart 1995 een onderzoek gestart naar '*agression sexuelle par personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions*' (aanranding door een persoon die daarvoor het gezag van zijn functie/positie misbruikt), aangevuld met een onderzoek naar '*viol par personne ayant autorité*' (verkrachting door iemand met gezag). De rechter die het onderzoek leidde, concludeerde na bijna drie jaar dat het onderzoek onvoldoende zekerheid over de juistheid van de beschuldigingen had opgeleverd om een vervolging door te zetten. Daarom beëindigde hij het onderzoek door een '*ordonnance de non-lieu*', een bevel tot niet verdere vervolging. Uit de motivering van die beslissing blijkt dat op grond van de verklaringen van collega's en de bedrijfsarts niet uitgesloten kon worden dat sprake was geweest van een relatie. Voor de beschuldigingen waren onvoldoende aanwijzingen gevonden:

*'Dès lors, l'absence de constatations objectives et les conclusions des rapports médico-psychologiques ne permettant pas à cet égard de se forger davantage de certitude, il n'existe pas de charges suffisantes contre Monsieur P.'*¹¹⁶²

¹¹⁶² Hij overwoog op 22 januari 1998: '*L'information n'a pas permis d'établir la véracité des accusations proférées par Madame Klouvi à l'encontre de P. (...) Enfin, la honte qu'elle dit avoir*

In het midden blijft waarom er ook niet voldoende aanwijzingen waren voor een vervolging in verband met seksuele intimidatie (*harcèlement sexuel*).

Na de *ordonnance de non-lieu* volgde een tweede vervolging. Klouvi werd door haar voormalige leidinggevende P. aangeklaagd omdat zij hem vals zou hebben beschuldigd van verkrachting (*'dénonciation calomnieuse'*, art. 226-10 CP). Het *tribunal correctionnel* veroordeelde Klouvi tot 3 maanden gevangenisstraf en een schadevergoeding van 20 000 FF (3048 euro). De rechters overwogen daarbij dat de *ordonnance de non-lieu* automatisch (*'nécessairement'*) met zich mee bracht dat de feiten die Klouvi in haar aangifte had gesteld onjuist waren:

*'Il en conclut qu'en conséquence, de la décision de non-lieu du 22 janvier 1998, devenue définitive, résultait nécessairement la fausseté des faits dénoncés par la requérante.'*¹¹⁶³

De rechters baseerden die conclusie niet op eigen onderzoek, maar op de wet. De Code pénal bepaalde dat de gestelde feiten in de eerste aangifte vals waren als die aangifte leidde tot een *ordonnance de non-lieu*:

Art. 226-10 CP

'(...) La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée. (...)'

Met de *ordonnance de non-lieu* was het materiële element van art. 226-10 CP (*'dénonciation calomnieuse'*), dat de feiten gesteld in de aanklacht vals waren (*'fausseté des faits'*), dus een gegeven.

ressentie ou encore la crainte d'un licenciement ne peuvent expliquer raison de deux voire trois fois par semaine, comme elle l'a soutenu devant nous. Il convient de relever à cet effet que ni devant le médecin du travail, ni auprès de ses collègues Mmes K. et W., ni lors de l'entretien avec S., elle n'a fait état de faits aussi graves. A supposer même qu'elle ait pu se sentir contrainte dans son milieu professionnel, il est à noter qu'elle ne s'est pas davantage ouverte à son médecin traitant le Dr R. En effet, celui-ci fait état dans son courrier du 27 août 1994, adressé au Dr R, médecin de la CIPC, de « problèmes dans son travail ; elle a été victime de harcèlement sexuel dans son travail », mais à aucun moment de viols répétés. De la même façon, Madame Klouvi n'avait rien dit de tel aux services de police. (...) L'examen de la ligne téléphonique de P. ne permettait pas davantage de corroborer ses accusations selon lesquelles P. l'avait harcelée de coups de téléphone même si la fille de la plaignante a témoigné dans ce sens. Dès lors, l'absence de constatations objectives et les conclusions des rapports médico-psychologiques ne permettant pas à cet égard de se forger davantage de certitude, il n'existe pas de charges suffisantes contre Monsieur P. permettant de le renvoyer devant le Tribunal Correctionnel.' EHRM, 30 juni 2011, appl.nr. 30754/03 (Klouvi tegen Frankrijk) § 10.

¹¹⁶³ EHRM, 30 juni 2011, appl.nr. 30754/03 (Klouvi tegen Frankrijk) § 13.

Daarnaast namen de rechters aan dat Klouvi zich ten tijde van de aangifte al van die onjuistheid bewust moest zijn geweest. Daaruit bleek, zo concludeerden de rechters, dat zij opzettelijk een lasterlijke aanklacht had ingediend, met andere woorden dat zij met *intention* had gehandeld:

‘Il en conclut qu’en conséquence, de la décision de non-lieu du 22 janvier 1998, devenue définitive, résultait nécessairement la fausseté des faits dénoncés par la requérante.

Il releva par ailleurs que la requérante, qui se plaignait de viols répétés et de harcèlement sexuel de la part de P, ne pouvait pas ignorer la fausseté des faits qu’elle dénonçait. Pour le tribunal, il en résultait que l’élément intentionnel de l’infraction était caractérisé.’¹¹⁶⁴

Klouvi klaagde in Straatsburg over schending van art. 6 lid 2 EVRM. Zij stelde dat haar veroordeling gebaseerd was op een schuldvermoeden dat niet alleen was gebaseerd op de wet, maar ook werd ondersteund door de interpretatie van die bepaling in de Franse jurisprudentie dat dit schuldvermoeden niet weerlegbaar was.

In deze zaak achtte het Hof van belang dat de Franse rechters uit de tekst van art. 226-10 CP een *élément intentionnel* hadden afgeleid. Het vermoeden dat de aangifte vals was verhinderde bovendien een nieuw onderzoek naar de feiten gesteld in de oorspronkelijke aanklacht.¹¹⁶⁵ Dat bracht het Hof tot de conclusie dat Klouvi geconfronteerd werd met een combinatie van vermoedens die haar verdedigingsmogelijkheden zeer sterk beperkten:

‘La requérante se trouvait ainsi confrontée à une double présomption qui réduisait de manière significative les droits garantis par l’article 6 de la Convention, le tribunal ne pouvant peser les diverses données en sa possession et devant recourir automatiquement aux présomptions légales posées par l’article 226-10 du code pénal (...).

Elle n’avait de ce fait aucune possibilité d’apporter des preuves à soumettre au débat contradictoire devant le tribunal pour établir la réalité des faits et son absence de culpabilité avant que celui-ci se prononce.’¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁴ EHRM, 30 juni 2011, appl.nr. 30754/03 (Klouvi tegen Frankrijk) § 13.

¹¹⁶⁵ EHRM, 30 juni 2011, appl.nr. 30754/03 (Klouvi tegen Frankrijk), § 47: ‘Dès lors, un nouvel examen des faits dénoncés par la requérante dans sa plainte, par les juges de la dénonciation calomnieuse, était exclu. En effet, il aurait été considéré comme remettant en cause les conclusions du juge d’instruction dans son ordonnance de non-lieu. Par ailleurs, l’élément intentionnel, dans ce cas de figure, découlait quasi automatiquement du fait que, s’agissant de violences alléguées sur sa personne, les juges considérèrent que la requérante ne pouvait ignorer qu’ils étaient faux.’

¹¹⁶⁶ EHRM, 30 juni 2011, appl.nr. 30754/03 (Klouvi tegen Frankrijk), § 48.

De procedure zoals die tegen Klouvi was gevoerd, voldeed volgens het Hof niet aan de eisen van art. 6 EVRM en de onschuldpresumptie. Het Hof concludeerde dat het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie waren geschonden.¹¹⁶⁷

Uit Salabiaku tegen Frankrijk bleek dat een strenge aansprakelijkheidsregeling met een beperkte ruimte voor verweer *an sich* niet per definitie een schending van art. 6 lid 2 EVRM oplevert. Een aansprakelijkheid op basis van een zorgplicht laat weliswaar weinig ruimte voor verweer, maar dat leidt niet per definitie tot een schending van de onschuldpresumptie, zoals bleek uit Radio France tegen Frankrijk. Maar de wijze waarop de vermoedens in Klouvi tegen Frankrijk waren gehanteerd ging verder dan in die zaken. In dit geval was er niet alleen een strenge aansprakelijkheidsregeling, de rechters pasten die regeling welhaast mechanisch toe. Door de onaantastbaarheid van de *non-lieu* beslissing was de rechter in de tweede procedure niet in staat tot een eigen onderzoek van de feiten die aan de eerste aanklacht ten grondslag lagen. Daardoor was er ook geen ruimte voor Klouvi om de conclusie die aan de *non lieu*-beslissing werd verbonden op inhoudelijke gronden te betwisten. Voor de aanvang van de zitting in eerste aanleg stond de uitkomst van de procedure in feite al vast en was Klouvi's aansprakelijkheid een gegeven. Dat raakt niet alleen aan de kern van de onschuldpresumptie, maar ook aan de fundamenteën van een eerlijk proces.

4.2.4. G. tegen het Verenigd Koninkrijk

In de hiervoor besproken arresten was sprake van aansprakelijkheidsconstructies op basis van een vermoeden dat voortkwam uit de vaststelling van bepaalde feiten. In G. tegen het Verenigd Koninkrijk werd G.'s aansprakelijkheid vastgesteld omdat de feitelijke bestanddelen van het delict waren bewezen, dus zonder dat daar een vermoeden aan te pas kwam.¹¹⁶⁸ G. werd vervolgd op grond van art. 5 van de Sexual Offences Act 2003, omdat hij geslachtsgemeenschap zou hebben gehad met een meisje dat destijds pas twaalf jaar oud was. Art. 5 van de Sexual Offences Act 2003 luidde destijds:

'Rape of a child under 13

(1) A person commits an offence if-

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and

¹¹⁶⁷ EHRM, 30 juni 2011, appl.nr. 30754/03 (Klouvi tegen Frankrijk), § 54: *'Elle considère que, dans ces conditions, la requérante n'a pas pu bénéficier d'un procès équitable et de la présomption d'innocence. Partant, il y a eu violation de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention.'* Zie ook de annotatie bij dit arrest van Witteman waarin hij een parallel trekt met het Nederlandse art. 268 Sr; EHRM, 30 juni 2011 (Klouvi tegen Frankrijk), EHRC 2011/134 m.nt. Witteman.

¹¹⁶⁸ EHRM, 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), §3-4.

- (b) *the other person is under 13.*
- (2) *A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.*¹¹⁶⁹

Uit de omschrijving van het strafbare feit blijkt dat het opzet dat vereist was, geen betrekking had op de leeftijd van het slachtoffer.

G. bekende schuld (*guilty plea*), maar verklaarde ook dat het meisje had ingestemd met de geslachtsgemeenschap. Bovendien had hij op redelijke gronden (*'reasonable belief'*) gedacht dat het meisje vijftien jaar was geweest.¹¹⁷⁰ Het ontbreken van *reasonable belief* was bij verschillende delicten in de Sexual Offences Act 2003, zoals bij *'rape'* strafbaar gesteld in art. 1, onderdeel van de delictsomschrijving.¹¹⁷¹ In dat geval had het *'reasonable belief'* echter betrekking op de door de dader veronderstelde instemming (*'consent'*) van het slachtoffer met de handelingen.¹¹⁷² In de omschrijving van het delict in art. 9 was zelfs *'reasonable belief'* met betrekking tot de leeftijd opgenomen in de delictsomschrijving.¹¹⁷³ In die gevallen zou een geslaagd beroep op *reasonable belief* dus moeten leiden tot een vrijspraak. In art. 5, het feit waarvoor G. werd vervolgd, was echter niet voorzien in de mogelijkheid van

¹¹⁶⁹ EHRM, 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), § 16.

¹¹⁷⁰ EHRM, 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), § 6.

¹¹⁷¹ Section 1 Sexual Offences Act 2003 luidt:

Rape

(1) *A person (A) commits an offence if—*

(a) *he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,*

(b) *B does not consent to the penetration, and*

(c) *A does not reasonably believe that B consents.*

(2) *Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.*

(3) *Sections 75 and 76 apply to an offence under this section.*

(4) *A person guilty of an offence under this section is liable, on conviction on indictment, to imprisonment for life.*

¹¹⁷² Zie voor de manier waarop *consent* in de Sexual Offences Act 2003 is verwerkt het in de voorgaande noot opgenomen section 1 van die wet. Daarnaast is van belang dat in deze Act onderscheid wordt gemaakt tussen delicten begaan met kinderen jonger dan 13 jaar en kinderen die 13 jaar of ouder, maar jonger dan 16 jaar zijn (zie de strafbepaling in de volgende noot).

¹¹⁷³ Section 9 van de Sexual Offence Act 2003 luidt:

Sexual activity with a child

(1) *A person aged 18 or over (A) commits an offence if—*

(a) *he intentionally touches another person (B),*

(b) *the touching is sexual, and*

(c) *either—*

(i) *B is under 16 and A does not reasonably believe that B is 16 or over, or*

(ii) *B is under 13.*

straffeloosheid vanwege *reasonable belief*. De rechter in eerste aanleg veroordeelde G. tot een *detention and training order* voor de duur van 12 maanden.¹¹⁷⁴

In hoger beroep stelde G. dat de onschuldpresumptie was geschonden; zijn verweren waren kansloos omdat er sprake was van ‘*strict liability*’. Hij herhaalde dat hij had gedacht dat het meisje vijftien jaar oud was. De veroordeling bleef in hoger beroep in stand. Het *Court of Appeal* overwoog daarbij, kort samengevat, dat de verweren van G. niet ter zake deden:

‘[T]hat the offence under section 5 of the 2003 Act was committed by a person having vaginal, anal or oral sexual intercourse with a victim under 13, whether or not the victim consented and regardless of whether the defendant reasonably believed that the child was 13 or over.’¹¹⁷⁵

Ook wees het *Court of Appeal* erop dat de rechter met betrekking tot de veroordeling van een kind ter zake van art. 5 Sexual Offences Act 2003 vrij was in het bepalen van de hoogte van de straf. Die straf kon daardoor variëren van een veroordeling zonder strafoplegging (‘*absolute discharge*’) tot een levenslange gevangenisstraf.¹¹⁷⁶

G. stelde tegen deze beslissing beroep in bij het *House of Lords*.¹¹⁷⁷ Hij betoogde dat zijn veroordeling in strijd was met art. 6 lid 1 jo. lid 2 EVRM, omdat art. 5 van de Sexual Offences Act volgens hem als een *strict liability offence* werd geïnterpreteerd. Lord Hope of Craighead stelde naar aanleiding van de stelling over art. 6 EVRM dat ook bij art. 5 Sexual Offences Act sprake was van een *actus reus* en een *mens rea*. De *mens rea* hoefde echter niet op alle onderdelen van het delict betrekking te hebben, zo stelde hij:

‘The *actus reus* of the offence created by section 5 is the penetration by the penis of the vagina, anus or mouth of a complainer who is under the age of 13. *Mens rea* as to the age of the complainer is not required. The *mens rea* is using the penis deliberately to penetrate the relevant orifice. In this case the requirement of *mens rea* has not been wholly eliminated. The offence which the section creates is one of *strict liability* in the sense that proof of the intentional penetration of a child under 13 is all that is needed for a conviction. Mistake as to age is a defence in the case

¹¹⁷⁴ Naar aanleiding van zijn *appeal* wordt de straf gematigd, G. heeft dan al vijf maanden in custody gezeten. De rest van de straf wordt daarom omgezet in een *conditional discharge* voor 12 maanden. *Court of Appeal*, 12 april 2006, [2006] EWCA Crim 821, § 52.

¹¹⁷⁵ EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk) §10.

¹¹⁷⁶ Ook had de rechter de mogelijkheid de tenlastelegging aan te passen en art. 5 te vervangen door art. 13 van de Sexual Offences Act 2003 als de feiten minder ernstig bleken. In de zaak tegen G had de rechter daar echter geen aanleiding toe gezien. EHRM, 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), § 10.

¹¹⁷⁷ *House of Lords*, 18 juni 2008, [2008] UKHL 37 (R. v. G.).

*of offences committed against older children. In the case of children under 13 it is not.*¹¹⁷⁸

De vereiste *mens rea* had dus geen betrekking op de leeftijd van het slachtoffer van het strafbare feit zoals omschreven in art. 5 Sexual Offences Act 2003. Het delict bood geen ruimte voor een beroep op ‘reasonable belief’ wat betreft de leeftijd van het slachtoffer en volgens Lord Hope of Craighead was dat een bewuste beslissing van de wetgever:

*‘This must be taken to have been a deliberate choice by Parliament which, under domestic law, it was entitled to take. The principle which has been applied is that intentional sexual activity of the proscribed kind with children below that age should not be permitted in any circumstances.’*¹¹⁷⁹

Ook Baroness Hale of Richmond stelde dat de mogelijkheid van ‘reasonable belief’ ten aanzien van de leeftijd van het slachtoffer niet relevant was, in het licht van het doel van de strafbepaling.

‘[T]he law regards the attitude of the victim of this behaviour as irrelevant to the commission of the offence (although it may, of course, be relevant to the appropriate sentence).

(...)

*It is important to stress that the object is not only to protect such children from predatory adult paedophiles but also to protect them from premature sexual activity of all kinds. They are protected in two ways: first, by the fact that it is irrelevant whether or not they want or appear to want it; and secondly, by the fact that in the case of children under 13 it is irrelevant whether or not the possessor of the penis in question knows the age of the child he is penetrating.’*¹¹⁸⁰

Ook een op goede gronden gebaseerde veronderstelling dat het meisje vijftien jaar was, zou G. dus niet hebben kunnen bevrijden, omdat het meisje destijds nu eenmaal twaalf jaar was geweest. Het *House of Lords* kwam unaniem tot de beslissing dat art. 5 van de Sexual Offences Act niet in strijd was met art. 6 lid 1 jo. lid 2 EVRM. Ook de klacht met betrekking tot art. 8 EVRM werd met twee tegen drie stemmen afgewezen.

Na de uitspraak van het *House of Lords* diende G. een klacht in Straatsburg in wegens schending van art. 8 en art. 6 lid 2 EVRM. Naar het oordeel van het Hof was schending van de onschuldpresumptie echter niet aan de orde; het concludeerde dat

¹¹⁷⁸ *House of Lords*, 18 juni 2008, [2008] UKHL 37 (R. v. G.) § 20-21.

¹¹⁷⁹ *House of Lords*, 18 juni 2008, [2008] UKHL 37 (R. v. G.) § 21.

¹¹⁸⁰ Baroness Hale, *House of Lords*, 18 juni 2008, [2008] UKHL 37 (R. v.G.).

de *application inadmissible* was. Het Hof overwoog dat G.'s aansprakelijkheid niet gebaseerd werd op een vermoeden, zodat de regel uit Salabiaku tegen Frankrijk over het gebruik van feitelijke of juridische vermoedens niet van toepassing was:

*'The Court notes that Parliament created the offence under section 5 of the 2003 Act in order to protect children from sexual abuse. As the domestic courts confirmed, the objective element (actus reus) of the offence is penile penetration, by any person old enough for criminal responsibility, of the vagina, anus or mouth of a child aged 12 or under. The subjective element (mens rea) is intention to penetrate. Knowledge of, or recklessness as to, the age of the child or as to the child's unwillingness to take part in the sexual activity are not elements of the offence. In the instant case, the prosecution was required to prove all the elements of the offence beyond reasonable doubt.'*¹¹⁸¹

In plaats van op vermoedens, was de aansprakelijkheid van G. gebaseerd op de bewezen feitelijke omstandigheden. De door G. gevoerde verweren betwistten die feiten niet.¹¹⁸² Dat die verweren niet leidden tot straffeloosheid, kon op zichzelf geen reden zijn om te concluderen dat de onschuldpresumptie geschonden was, zo overwoog het Hof:

*'The Court does not consider that Parliament's decision not to make available a defence based on reasonable belief that the complainant was aged 13 or over can give rise to any issue under Article 6 §§ 1 or 2 of the Convention. Section 5 of the 2003 [Act] does not provide for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution. The principle considered in Salabiaku (cited above) therefore has no application here.'*¹¹⁸³

De leeftijd van het slachtoffer was geobjectiveerd. Wat de dader redelijkerwijze had kunnen denken, was daardoor niet meer relevant.¹¹⁸⁴ Dat een beroep op dwaling omtrent dat specifieke aspect van het strafbare feit niet mogelijk was, betekende niet dat G. in het geheel geen verdedigingsmogelijkheden had. Op zichzelf hoeft het

¹¹⁸¹ EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), § 27-29.

¹¹⁸² G had echter schuld bekend en in dat opzicht zelf zijn 'recht' om die feiten (die in casu dus onderdeel waren van zijn schuldbekentenis) te betwisten. Bovendien was op verzoek van het slachtoffer afgezien van een nader onderzoek van de feiten in de vorm van een 'Newton hearing'. EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), § 7.

¹¹⁸³ EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), § 27-29.

¹¹⁸⁴ In Nederland ziet de Hoge Raad dat anders. Zie ook Gritter 2003, p. 148 die verwijst naar de overwegingen van de Hoge Raad in de 'Leeftijdsarresten' die ook hierna in Hoofdstuk 8, par. 2.2 worden besproken.

uitsluiten van een succesvol beroep op ‘*reasonable belief*’ dus niet te leiden tot een schending van de onschuldpresumptie.¹¹⁸⁵

4.2.5. Goktepe tegen België en Haxhishabani tegen Luxemburg

In Haxhishabani tegen Luxemburg en in Goktepe tegen België staat nagenoeg hetzelfde delict centraal. Daardoor lenen de uitspraken zich voor een gezamenlijke bespreking.

Zowel Goktepe als Haxhishabani werd vervolgd voor het medeplegen van diefstal waarbij een doodslag werd gepleegd om de diefstal te vergemakkelijken.¹¹⁸⁶ In België is deze vorm van diefstal strafbaar op basis van art. 475 Code Pénal Belgique (CPB), in Luxemburg op basis van art. 475 Code pénal Luxembourgaise. Die bepalingen luiden destijds:

België

‘Le meurtre commis pour faciliter le vol ou l’extorsion, soit pour en assurer l’impunité, sera puni de la réclusion à perpétuité.’

Luxemburg

‘Le meurtre commis pour faciliter le vol ou l’extorsion, ou pour en assurer l’impunité, sera puni de la réclusion à vie.’

Traditioneel werd deze bepaling in België volgens De Nauw geïnterpreteerd als een bijzondere vorm van diefstal. Vereist was dat de diefstal, de doodslag en het causale verband tussen de diefstal en de doodslag werden bewezen.¹¹⁸⁷ Daarbij werd de doodslag (‘dit is doden met het oogmerk om te doden’¹¹⁸⁸) beschouwd als een ‘objectieve, strafverzwarende omstandigheid’.¹¹⁸⁹

‘Traditioneel heeft de rechtspraak gesteld dat doodslag verbonden aan diefstal een objectieve strafverzwarende omstandigheid is van diefstal die als zodanig al degenen die aan de diefstal hebben deelgenomen treft, zelfs als hun rechtstreekse en persoonlijke deelneming aan de doodslag niet is bewezen.’¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁵ Deze uitkomst past echter niet bij de Nederlandse stijl van rechtspreken, aldus Schalken en Ten Voorde in hun respectievelijke annotaties bij dit arrest; NJ 2012/469 m.nt. Schalken en EHRC 2011/167 m.nt. Ten Voorde.

¹¹⁸⁶ Door Van den Wyngaert wordt dit delict ook omschreven als ‘roofmoord’. Van den Wyngaert 2011, p. 365.

¹¹⁸⁷ De Nauw 2010, p. 327.

¹¹⁸⁸ De Nauw 2010, p. 327.

¹¹⁸⁹ De Nauw 2010, p. 327.

¹¹⁹⁰ De Nauw 2010, p. 327.

Een objectief strafverzwarende omstandigheid, ook wel reële of onpersoonlijke verzwarende omstandigheid genoemd, is volgens Vanheule inherent aan het strafbare feit. Hij citeert het Belgische Hof van Cassatie dat overwogen zou hebben dat objectief verzwarende omstandigheden:

‘omstandigheden [zijn die] inherent [zijn] aan het hoofdfeit en dermate verknoopt [zijn] met het hoofdfeit dat zij in zekere zin deel uitmaken van de materialiteit van het hoofdfeit.’¹¹⁹¹

Volgens Van den Wyngaert volgt de toerekening van de strafverzwarende omstandigheden uit de accessoriteit van de deelneming.¹¹⁹² Deze wijze van toerekenen op grond van een doctrine die in België wordt aangeduid als *l’emprunt matériel de criminalité* speelt een rol bij de toerekening van omstandigheden die bijzondere vormen van diefstal (zoals art. 468, 474 en 475 CP) kenmerkten. Deze omstandigheden werden gezien als objectieve, verzwarende omstandigheden die aan alle deelnemers van de diefstal werden toegerekend:

*‘En application de la théorie de «l’emprunt matériel de criminalité», les circonstances visées aux articles 468, 474 et 475 du code pénal sont considérées comme des circonstances aggravantes réelles ou objectives de l’infraction principale de vol et, en tant que telles, elles sont imputables à tous ceux qui ont participé au vol, fût-il même reconnu que certains d’entre eux n’auraient pas participé aux circonstances aggravantes ou les auraient ignorées (...) ou s’y seraient personnellement opposés.’*¹¹⁹³

In de Belgische strafprocedure tegen Goktepe besliste een lekenjury aan de hand van door de rechter aan de jury gestelde vragen over de schuld (*culpabilité*) van de beschuldigten. Aan de jury werden in dit geval geïndividualiseerde vragen gesteld over de schuld (*culpabilité*) van de verdachten: voor elk van de verdachten afzonderlijk moest de jury de vraag beantwoorden of die verdachte schuldig was aan diefstal. De vraag of de jury de strafverzwarende omstandigheid bewezen achtte, namelijk dat deze diefstal gepaard ging met een doodslag om de diefstal te vergemakkelijken, werd

¹¹⁹¹ Vanheule 2010, p. 318 e.v. Op p. 321 geeft hij een voorbeeld van de wijze waarop de consequenties van objectieve strafverzwarende omstandigheden volgens hem moeten worden opgevat: ‘Wanneer A een diefstal heeft gepleegd en B hem daarbij willens en wetens heeft geholpen door de braak voor zijn rekening te nemen, staan we o.i. voor een strafbaar hoofdfeit dat gepaard is gegaan met een objectieve strafverzwarende omstandigheid en dat moet worden gekwalificeerd als een diefstal d.m.v. braak.’

¹¹⁹² Van den Wyngaert 2011, p. 365.

¹¹⁹³ EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 21: uitleg in het kader van de toelichting op het nationale recht, de doctrine en de jurisprudentie.

echter alleen in het algemeen gesteld. Hierdoor kon de jury in zijn antwoord geen onderscheid maken tussen de drie verdachten. Goktepe had bezwaar gemaakt tegen deze algemene formulering van de vraag over de strafverzwarende omstandigheden, omdat hij elke betrokkenheid bij de doodslag ontkende.¹¹⁹⁴ De vragen waren echter toch in het algemeen gesteld, omdat de rechters van oordeel waren dat de doodslag een strafverzwarende omstandigheid was die alle medeplegers voor hun rekening kregen:

*‘La cour d’assises jugea notamment qu’en tant que circonstances aggravantes objectives, les circonstances dont il s’agissait en l’espèce s’appliquaient indistinctement à tous les participants au vol, même si certains d’entre eux n’avaient pas usé de violences ou menaces, n’avaient pas voulu la mort de la victime, ou n’avaient pas directement et personnellement pris part au meurtre. Le fait principal étant en l’espèce le vol, toutes les circonstances aggravantes mentionnées s’appliquaient indistinctement à ceux qui avaient participé à ce vol, même si leur participation aux violences, à l’homicide ou au meurtre n’était pas prouvée et s’ils n’avaient pas voulu lesdites circonstances.’*¹¹⁹⁵

De jury concludeerde dat Goktepe schuldig was aan de diefstal en achtte ook bewezen dat de diefstal gepaard ging met een doodslag om die diefstal te vergemakkelijken. Goktepe en zijn twee medeplegers werden op grond van art. 475 CPB veroordeeld tot elk 30 jaar gevangenisstraf.

In Straatsburg klaagde Goktepe dat art. 6 EVRM was geschonden, met name het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie. Naar aanleiding van deze klacht onderzoekt het EHRM de wijze waarop Goktepes aansprakelijkheid door de Belgische rechters werd beredeneerd. Het Hof constateerde eerst dat op grond van de doctrine van *l’emprunt matériel de criminalité* de doodslag automatisch aan alle

¹¹⁹⁴ De vragen met betrekking tot de strafverzwarende omstandigheden van het gebruik van geweld en het gebruik van geweld met de bedoeling om te doden, werden aan de jury in de volgende bewoordingen aan de jury gesteld (EHRM, 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) §12):

‘« question 5 CIRCONSTANCE AGGRAVANTE

Est-il apparu que pour faciliter ou pour assurer l’impunité du vol, décrit à la question 1 et/ou à la question 2 et/ou à la question 3, il a été fait usage de violences ou de menaces?»

« question 6 CIRCONSTANCE AGGRAVANTE

Est-il apparu que les faits perpétrés pour faciliter ou pour assurer l’impunité du vol, décrit à la question 1 et/ou à la question 2 et/ou à la question 3, avec la circonstance aggravante décrite à la question 5, bien que commis sans l’intention de donner la mort, ont néanmoins causé la mort de X. décédé à Lochristi le 8 décembre 1996?»

¹¹⁹⁵ EHRM 2 juni 2005, 50372/99 (Goktepe tegen België) § 13.

deelnemers aan de diefstal werd toegerekend, zelfs als de deelnemers de doodslag niet hadden voorzien of (actief) bezwaar hadden gemaakt tegen de doodslag.¹¹⁹⁶

De consequentie van het aanvaarden van een strafverzwarende omstandigheid was, zo constateerde het Hof, dat de maximaal op te leggen straf automatisch ingrijpend en substantieel werd verhoogd:

‘[U]ne réponse affirmative aux questions posées à cet égard entraînait une aggravation automatique et substantielle des peines encourues (...).’¹¹⁹⁷

De beslissing over de strafverzwarende omstandigheid was, volgens het Hof, gezien de consequenties die dat kon hebben, een *‘point essentiel’*.¹¹⁹⁸ Door de wijze waarop de vragen over de strafverzwarende omstandigheid waren gesteld, was het voor de jury onmogelijk om een uitspraak te doen over de individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid (*‘responsabilité pénale’*) van Goktepe en zijn mededaders met betrekking tot de doodslag. Nu de jury niet in de gelegenheid was gesteld om per verdachte zijn aansprakelijkheid met betrekking tot de doodslag vast te stellen, waren zij ook niet in staat geweest om consequenties te verbinden aan de ontkenning van elke betrokkenheid bij de doodslag door Goktepe:

‘La question de l’implication personnelle du requérant, qui a toujours nié avoir porté les coups ayant conduit au décès de la victime, était donc déterminante pour l’exercice de ses droits de la défense. Telles que libellées, les questions plaçaient pourtant le jury dans l’impossibilité de déterminer individuellement la responsabilité pénale du requérant quant aux circonstances aggravantes qui pouvaient être retenues et l’empêchaient d’avoir égard aux conclusions par lesquelles le requérant avait dénié toute implication dans les coups portés.’¹¹⁹⁹

De wijze waarop de strafverzwarende omstandigheid aan Goktepe was toegerekend, was volgens het Hof onverenigbaar met het principe van hoor en wederhoor. Door dit gebrek was het recht op een eerlijk proces in de kern geraakt, concludeerde het Hof.¹²⁰⁰

Ook besteedde het Hof aandacht aan de doctrine van *l’emprunt matériel de criminalité*. Ter verdediging van deze doctrine had België naar voren gebracht dat het

¹¹⁹⁶ EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 26.

¹¹⁹⁷ EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 28.

¹¹⁹⁸ EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 29.

¹¹⁹⁹ EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 28.

¹²⁰⁰ Het Hof verwijst hier ook nog naar de uitspraken in de zaken Europese Commissie en D.H., R.B. tegen België, appl.nr. 29479/95, beslissing van 2 juli 1997 en Zarouali tegen België, appl. nr. 20664/92, beslissing 20 juni 1994 (EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 29).

effect van *l'emprunt matériel de criminalité* kon worden gecorrigeerd in de tweede fase van het proces, het gedeelte van de procedure waarin de hoogte van de straf werd bepaald. Dat dit in het geval van Goktepe niet was gebeurd, impliceerde volgens de Belgische Staat dat de jury van oordeel was geweest dat Goktepe wel schuld had aan de strafverzwarende omstandigheid. Het EHRM overwoog dat het België 'niet kon volgen' (*'ne saurait suivre'*) in deze redenering. Het Hof oordeelde dat het beweerde 'correctiemechanisme' de verdachte onvoldoende zekerheid bood omtrent de vaststelling van zijn schuld. Een oordeel over de omvang van zijn schuld zou moeten blijken uit de indirecte en puur hypothetische mogelijkheid dat zijn verweer tegen een strafverzwarende omstandigheid zou worden meegewogen in de hoogte van de straf, zo constateerde het Hof.¹²⁰¹ De mogelijkheid van correctie van de straf na de vaststelling van aansprakelijkheid was, zo oordeelde het Hof, een zeer gebrekkige compensatie (*'un correctif très imparfait'*) voor de inbreuk die op de rechten van de verdediging werd gemaakt door de automatische toerekening van strafverzwarende omstandigheden.

Als gevolg van de beslissingen van de jury werd Goktepe formeel schuldig bevonden aan diefstal waarbij een doodslag is gepleegd om die diefstal te vergemakkelijken, terwijl niet vaststond dat de juryleden ervan overtuigd waren dat Goktepe schuld had aan de strafverzwarende omstandigheid van de doodslag. Hoewel een persoonlijke betrokkenheid bij de doodslag niet bewezen was, werd hem automatisch een hogere straf opgelegd dan wanneer hij alleen aansprakelijk was geweest voor diefstal:

*'Par ailleurs, le mécanisme de correction qui pourrait avoir lieu lors de l'imputation de la peine ne serait qu'un correctif très imparfait: l'accusé aura malgré tout en pareil cas été formellement déclaré coupable d'une infraction aggravée, sans que les jurés n'aient nécessairement été convaincus de sa culpabilité relativement aux circonstances aggravantes. Qui plus est (...) en pareil cas, la peine prononcée à son égard restera malgré tout une peine plus élevée que celle qu'il aurait encourue en l'absence de ce mécanisme d'imputation automatique.'*¹²⁰²

Het Hof concludeerde dat Goktepe door deze toepassing van de doctrine van *l'emprunt matériel de criminalité* niet meer in staat was zijn verdedigingsrechten daadwerkelijk en effectief uit te oefenen. Vanwege de hoge straf die op grond van

¹²⁰¹ 'La possibilité indirecte et purement hypothétique, pour un prévenu, de voir pris en compte ses arguments dans le stade ultérieur de la détermination de la peine ne peut guère passer pour un équivalent valable du droit de les voir examiner directement par le jury lorsqu'il statue sur les faits et sur leur qualification juridique.' EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 30.

¹²⁰² EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 30.

de strafverzwarende omstandigheid automatisch aan Goktepe was opgelegd, zonder dat zijn schuld met betrekking tot die omstandigheid was vastgesteld, concludeerde het Hof dat het recht op een eerlijk proces in de kern was geschonden. Op dezelfde gronden achtte het Hof ook de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 geschonden, zodat een afzonderlijke bespreking van die klacht niet meer nodig was.¹²⁰³

Zoals gezegd was Haxhishabani veroordeeld op grond van de Luxemburgse variant van diefstal waarbij een doodslag wordt gepleegd om de diefstal te vergemakkelijken, art. 475 CP Luxembourgaise. De Luxemburgse procedure van Haxhishabani verschilde van de Belgische procedure van Goktepe doordat Luxemburg geen juryrechtspraak kent. Wel werd een doctrine aanvaard die vergelijkbaar is met de hiervoor besproken Belgische doctrine van *l'emprunt matériel de criminalité*: het Luxemburgse *Cour de cassation* had overwogen dat deze bepaling een vorm van diefstal was waar de doodslag een strafverzwarend, objectief en intrinsiek onderdeel van uitmaakte. Die strafverzwarende omstandigheid werd aan alle deelnemers toegerekend op grond van het feit zij hadden meegewerkt aan het totstandbrengen van een diefstal met doodslag om die diefstal te vergemakkelijken:

*‘Dans le cas de l’article 475 du Code pénal, le vol est le fait principal et le meurtre une circonstance aggravante, objective et intrinsèque de ce fait; cette circonstance aggravante pèse sur tous ceux qui ont coopéré au vol; l’emprunt de criminalité ne se fait pas dans la personne de l’auteur du meurtre, mais dans son acte; chacun des participants est puni, dans les limites objectives qui sont prévues pour son acte de coopération, dans la mesure de sa propre responsabilité, indépendamment de la responsabilité des autres; ainsi sa responsabilité reste personnelle.’*¹²⁰⁴

Haxhishabani had samen met V. en T. een weduwe overvallen en haar dood achtergelaten. Uit de autopsie bleek dat de weduwe was overleden door een combinatie van mishandeling en wurging. De Luxemburgse rechters hadden vastgesteld dat Haxhishabani een cruciale rol had gespeeld in het totstandkomen van het delict, doordat hij de andere twee verdachten, V. en T., had benaderd om samen geld en

¹²⁰³ EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België) § 31, §34.

¹²⁰⁴ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 13. Zie ook § 20 voor de standaard uitleg van art. 475 door het Luxemburgse *Cour de cassation* luidt: *‘Dans le cas de l’article 475 du Code pénal, le vol est le fait principal et le meurtre une circonstance aggravante, objective et intrinsèque de ce fait; cette circonstance aggravante pèse sur tous ceux qui ont coopéré au vol; l’emprunt de criminalité ne se fait pas dans la personne de l’auteur du meurtre, mais dans son acte; chacun des participants est puni, dans les limites objectives qui sont prévues pour son acte de coopération, dans la mesure de sa propre responsabilité, indépendamment de la responsabilité des autres; ainsi sa responsabilité reste personnelle.’* (*Cour de cassation de Luxembourg*, 14 juli 1994, *Journal des Tribunaux*, 1994 p. 632).

waardevolle spullen uit een huis te roven. Ook had Haxhishabani verklaard dat een voorwaarde voor het slagen van de onderneming was dat er iemand aanwezig was in het huis dat ze zouden overvallen. Op die manier wilden de verdachten voorkomen dat het alarmsysteem af zou gaan. Het leek hen eenvoudiger om aan de sleutels of codes van de kluis te komen als er iemand aanwezig zou zijn in het huis. Op grond van het onderzoek ter zitting stelden de Luxemburgse rechters vast dat de overvallers alle drie wisten wat het doel van hun onderneming was en dat zij zich ervan bewust waren dat er geweld nodig zou zijn om dat doel te bereiken.

Bij de overval ging T. als eerste het huis binnen. Eenmaal binnen zou hij in de keuken een mes en/of een ander voorwerp hebben gepakt en de weduwe daarmee dodelijk hebben verwond.¹²⁰⁵ Bijzonder aan deze gang van zaken was dat T. een ‘*manchot*’ was, dus maar één hand had.¹²⁰⁶ Uit het feit dat Haxhishabani hem als eerste naar binnen had gestuurd, leidden de Luxemburgse rechters af dat Haxhishabani moest hebben geweten dat er alleen een oude dame in het huis woonde, die op dat moment ook alleen thuis was. Gezien het doel van de overval moest Haxhishabani het gebruik van geweld tegen de oude vrouw vooraf hebben voorzien en geaccepteerd, concludeerden de rechters:

*‘Il avait, partant, envisagé et accepté le fait que des violences seraient exercées pour maîtriser l’habitante de la maison en question.’*¹²⁰⁷

Uit het feit dat Haxhishabani en zijn mededaders zonder vermomming het huis waren binnen gegaan, leidden de rechters af dat de overvallers van te voren hadden geaccepteerd en mogelijk ook hadden gepland (*‘avaient accepté, voir même planifié’*) dat een eventuele getuige uit de weg zou moeten worden geruimd.

T. pleegde zelfmoord, waardoor alleen Haxhishabani en V. terecht stonden voor de *chambre criminelle* van het *tribunal d’arrondissement de Luxembourg* ter zake van art. 475 Code pénal Luxembourgeoise (CPL). Daar betoogde Haxhishabani dat hij moest worden vrijgesproken, omdat er geen bewijs was voor zijn actieve en persoonlijke betrokkenheid bij de dood van de weduwe. Hij wees daarbij op de overwegingen van

¹²⁰⁵ ‘Vermoedelijk’ omdat T. in zijn cel zelfmoord had gepleegd voordat het onderzoek ter zitting was begonnen. De data zijn wat onoverzichtelijk, maar de politie vond de dode weduwe op 26 mei 2004, T pleegde op 14 maart 2005 zelfmoord, op 8 november 2005 werden Haxhishabani en V door de *chambre du conseil* doorgestuurd naar de *chambre criminelle* van het *tribunal d’arrondissement Luxembourg* dat op 9 maart 2006 uitspraak deed. EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 7-9.

¹²⁰⁶ ‘*Manchot*’ betekent volgens Van Dale ‘eenhandig/eenarmig persoon’, ‘zeer onhandig persoon’ of ‘pinguïn’. Keijzer gaat er in zijn annotatie bij het arrest in de NJ vanuit dat T. maar één hand had, NJ 2012/272 (p. 2).

¹²⁰⁷ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 14.

het Hof in Goktepe tegen België en stelde dat de doodslag hem, als betrokkene bij de diefstal, niet automatisch mocht worden toegerekend.

De rechters verwierpen het verweer en overwogen dat er weliswaar geen bewijs was voor zijn actieve en persoonlijke betrokkenheid bij de doodslag, maar dat de doodslag Haxhishabani wel kon worden toegerekend omdat hij de initiatiefnemer tot de overval was geweest. Zij veroordeelden Haxhishabani voor doodslag gepleegd om diefstal te vergemakkelijken. Zijn verweer was wel reden voor strafverlaging; zij veroordeelden hem tot 25 jaar gevangenisstraf (in plaats van een levenslange gevangenisstraf):

*‘Pour se prononcer sur la peine, les juges prirent en considération les circonstances particulières de l’affaire, le fait qu’il n’était pas prouvé que le requérant avait accompli des actes matériels propres à causer la mort de la victime, mais également son lourd passé criminel en tant que cambrioleur invétéré n’hésitant pas à user de violence quand il l’estimait nécessaire. Le requérant fut condamné à une peine de réclusion de 25 ans.’*¹²⁰⁸

Haxhishabani klaagde bij het EHRM over schending van de onschuldpresumptie omdat de doodslag hem als strafverzwarende omstandigheid werd toegerekend zonder dat zijn persoonlijke betrokkenheid bij de doodslag (*‘son implication individuelle dans ce meurtre’*) was komen vast te staan.¹²⁰⁹

Aangezien Haxhishabani klaagde over schending van art. 6 lid 2 EVRM, bekeek het Hof eerst of art. 6 lid 2 EVRM hier geschonden kon worden: Haxhishabani was tenslotte niet veroordeeld op grond van een vermoeden zoals Salabiaku. Toch zag het Hof wel ruimte voor een beoordeling van de procedure op grond van de onschuldpresumptie. De wijze waarop de doodslag als strafverzwaringsgrond aan Haxhishabani was toegerekend, was volgens het Hof vergelijkbaar met de manier waarop aansprakelijkheid op basis van een schuldvermoeden werd vastgesteld:

¹²⁰⁸ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 15.

¹²⁰⁹ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 34: *‘Le requérant expose que la présomption d’innocence ne saurait être battue en brèche au moyen de la répercussion automatique d’une circonstance aggravante, mais uniquement en vertu d’une démonstration claire et nette de l’accomplissement d’un acte matériel par l’auteur ainsi que de la caractérisation de la volonté de l’auteur de transgresser l’interdit, délibérément et en connaissance de cause. Ainsi, il estime qu’il doit rester présumé innocent de l’infraction de meurtre, tant qu’il n’a pas été démontré qu’il a volontairement et consciemment participé au meurtre, aussi bien sur le plan matériel que sur le plan de l’intention. Or, en l’espèce, les juges du fond n’ont, selon le requérant, pas caractérisé le fait qu’il avait matériellement, sciemment et volontairement participé au meurtre commis dans le cadre du vol.’*

‘La Cour estime que la manière dont les éléments constitutifs de la circonstance aggravante furent appliqués au requérant est une déduction assimilable à une « présomption » en matière pénale.’¹²¹⁰

In dat licht kon de wijze waarop de strafverzwarringsgrond was toegepast worden beoordeeld in het licht van de voorwaarden voor het gebruik van schuldvermoedens zoals het Hof die eerder in Salabiaku tegen Frankrijk en Radio France tegen Frankrijk had geformuleerd: namelijk of de manier waarop de doodslag aan Haxhishabani was toegerekend als passend en proportioneel konden worden beschouwd ten opzichte van de belangen die op het spel stonden.¹²¹¹

Het Hof constateerde dat de feitenrechters hadden vastgesteld dat Hashishabani's persoonlijke betrokkenheid (*‘l'intervention matérielle’*) bij de doodslag niet bewezen kon worden, maar dat zij hem de doodslag hadden toegerekend op basis van de wet en een grondig onderzoek van de feiten. Ook merkte het Hof op dat de rechters in hoger beroep hadden benadrukt dat Haxhishabani een belangrijke rol had gehad in het totstandbrengen en uitvoeren van de diefstal met dodelijke afloop en dat hij het gebruik van (excessief) geweld had voorzien en aanvaard.¹²¹² Haxhishabani's betrokkenheid bij de doodslag was steeds uitdrukkelijk ter zitting besproken:

‘La cour d'appel souligna que la culpabilité du requérant, quant aux circonstances aggravantes, avait été débattue tout au long de la procédure. Elle rappela que le requérant savait qu'il participait à un vol dans une maison habitée et que celui qui était entré dans la maison était à même de faire usage de violence en cas de résistance du propriétaire.’¹²¹³

De toerekening van de doodslag als strafverzwarende omstandigheid was geen automatisme geweest, concludeerde het Hof. De feitenrechters benadrukten weliswaar dat er geen rechtstreeks bewijs was voor zijn daadwerkelijke betrokkenheid bij de dood van de weduwe, maar hadden wel vastgesteld dat bij Haxhishabani een *élément intentionnel* aanwezig was geweest ten aanzien van de doodslag:

¹²¹⁰ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 37.

¹²¹¹ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 38: *Elle rappelle que la Convention ne prohibe pas les présomptions de fait ou de droit en matière pénale. Elle oblige néanmoins les Etats « à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil » : ils doivent « les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense ».* Vgl. EHRM 7 oktober 1988, 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 28, zie hiervoor in par. 4.1.

¹²¹² EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 39.

¹²¹³ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 39.

*'Il résulte des décisions internes que les juges de première instance et d'appel ont analysé avec soin l'élément intentionnel au niveau de la circonstance aggravante du meurtre dans le chef du requérant. Certes, les juges du fond ont souligné qu'il n'existait aucune preuve que le requérant ait participé matériellement au meurtre de la victime et ont qualifié la circonstance aggravante du meurtre d'objective. Il n'en demeure pas moins que leur analyse n'a pas abouti à imputer automatiquement cette circonstance aggravante au requérant.'*¹²¹⁴

De procedure tegen Haxhishabani en de manier waarop zijn aansprakelijkheid tot stand was gekomen, verschilden dus aanzienlijk van de manier waarop Goktepes aansprakelijkheid was vastgesteld. Dat verschil kan niet verklaard worden door de wettelijke omschrijving van diefstal met doodslag om die diefstal te vergemakkelijken, aangezien beide bepalingen nagenoeg identiek zijn en in beide landen ook op een vergelijkbare wijze lijken te worden geïnterpreteerd. Het cruciale verschil is dat de aansprakelijkheid van Haxhishabani na een uitgebreid en zorgvuldig onderzoek van de zaak door de Luxemburgse rechters was vastgesteld. Van een automatisch toerekenen of een mechanische toepassing van de strafverzwarende omstandigheid was zeker geen sprake geweest: het Hof benadrukte dat nogmaals door er op te wijzen dat het onderzoek van de Luxemburgse rechters zeer zorgvuldig was geweest en zij de objectieve strafverzwarende omstandigheid van een subjectief element ('subjectivisé') hadden voorzien:

*'En effet, force est de rappeler que les juges du fond ont examiné, avec la plus grande attention et sur la base des éléments contradictoirement débattus devant eux, le comportement du requérant et le rôle joué par lui. Ils ont ainsi subjectivisé la circonstance aggravante du meurtre, venant à la conclusion que le requérant était coauteur des faits ayant entraîné la mort de la victime.'*¹²¹⁵

4.3. Tussenbalans

De besproken arresten laten zien dat de wijze waarop de nationale rechter een zaak behandelt en beoordeelt voor het eindoordeel van het EHRM heel belangrijk kan zijn. Naarmate er grotere belangen (voor de verdachte) op het spel staan, lijkt het Hof meer waarde te hechten aan een zorgvuldig onderzoek van de feiten door

¹²¹⁴ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 40.

¹²¹⁵ EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg) § 40. Keijzer ziet dit anders. Volgens hem gaat het in deze uitspraak om een (puur) objectieve toerekening. In zijn ogen geen positieve ontwikkeling: hij pleit uiteindelijk voor navolging van het Duitse strafrecht door het in de wet opnemen van een schuldvereist bij medeplegen, zie zijn annotatie bij dit arrest NJ 2012/272 m.nt. Keijzer.

de nationale rechter. In de Zweedse zaken over de belastingtoeslagen leverde het opleggen van een boete op basis van gestandaardiseerde regels geen schending van de onschuldpresumptie op, mede in het licht van de mogelijkheid om beroep te doen op de rechter. In Salabiaku tegen Frankrijk en Haxhishabani tegen Luxemburg bleek dat het Hof ook waarde hechtte aan het feit dat de nationale rechter niet 'automatisch' de wet had toegepast.

Van belang is ook dat de relevante feiten in het strafproces ter discussie kunnen worden vastgesteld. In Klouvi tegen Frankrijk was dat niet zo, doordat de Franse strafwet met zoveel woorden bepaalde dat de onjuistheid van de aangifte met de *non lieu*-beslissing was gegeven. Of de aangifte ten onrechte was gedaan, kon de rechter daardoor niet op basis van eigen onderzoek beoordelen.

Een beperking van de mogelijkheden tot uitoefening van verdedigingsrechten, zoals het beperken van te voeren verweren of het afleiden van aansprakelijkheid uit een vermoeden, leidt niet per definitie tot een schending van de onschuldpresumptie. Daarmee is niet gezegd dat het Hof geen grenzen stelt aan het gebruik van vermoedens als basis voor aansprakelijkheid. In Salabiaku tegen Frankrijk overwoog het Hof dat het gebruik van deze vermoedens binnen redelijke grenzen moet blijven en dat daarbij rekening moet worden gehouden met de belangen die op het spel staan, zoals een groot maatschappelijk belang bij voorspelbare en effectieve handhaving. Naast de *importance of what is at stake* is de redelijke verhouding tussen de belangen die op het spel staan een belangrijk oriëntatiepunt bij de beoordeling van de vraag of een vermoeden binnen redelijke grenzen blijft.

Uitspraken waarin het Hof niet toe kwam aan een toets aan de maatstaf uit Salabiaku tegen Frankrijk waren Klouvi tegen Frankrijk, G. tegen het Verenigd Koninkrijk en Goktepe tegen België. In G. tegen het Verenigd Koninkrijk concludeerde het Hof dat de aansprakelijkheid gebaseerd was op feiten en dat er geen (onweerlegbaar) vermoeden aan te pas kwam. De feiten werden door de Engelse wetgever als zo ernstig beschouwd, dat de wetgever een beroep op '*reasonable belief*' niet had toegelaten. Dat dit verweer daardoor niet succesvol gevoerd kon worden, leidde in dit geval echter niet tot schending van de onschuldpresumptie. De wijze waarop de procedure tegen G. was gevoerd, leverde geen schending van art. 6 EVRM op. In Goktepe tegen België kwam het Hof niet toe aan de klacht over schending van de onschuldpresumptie, omdat het Hof tot het oordeel kwam dat het recht op een eerlijk proces al was geschonden. Het Hof overwoog dat geen straf mag worden opgelegd voor een feit of omstandigheid, zonder dat iemands individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid ten aanzien van die omstandigheid is vastgesteld.

5. De kentekenaansprakelijkheid in het licht van art. 6 (2) EVRM

5.1. Inleiding

Hiervoor is een algemeen overzicht gegeven van de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de onschuldpresumptie in art. 6 lid 2 EVRM. Daaruit blijkt dat het niet gaat om een rijke jurisprudentie met een uitgekristalliseerd beoordelingskader. Deze uitspraken zijn het begin van een patroon, enkele piketpaaltjes. Een handvol uitspraken is mijns inziens echter (nog) niet voldoende om een verdergaande conclusie of synthese aan te kunnen verbinden.

In deze paragraaf staan de implicaties van de onschuldpresumptie centraal in de specifieke context van de kentekenaansprakelijkheid. Ik bespreek een aantal uitspraken over de aansprakelijkheid voor door een onbekend gebleven bestuurder gepleegde verkeersovertredingen. Deze aansprakelijkheid is op verschillende manieren in de nationale wetgeving van de Verdragsstaten uitgewerkt. Elk land heeft te maken met de vraag hoe verkeersregels het beste kunnen worden gehandhaafd als bij een overtreding niet onmiddellijk kan worden vastgesteld door wie de overtreding is begaan. De jurisprudentie van het Hof biedt inzicht in de manieren waarop deze regelingen raken aan het EVRM en de plaats die de onschuldpresumptie en het belang van een effectieve wetshandhaving in de afweging van het Hof innemen.

5.2. Falk tegen Nederland

De uitspraak Falk tegen Nederland kwam in hoofdstuk 6, in het kader van de Wahv, ook al kort aan de orde.¹²¹⁶ Aan Falk was een boete opgelegd terwijl de overtreding niet door hem was begaan. Falk maakte de bestuurder bekend, maar was toch aansprakelijk voor de boete, omdat het bekend maken van de bestuurder in het systeem van de Wahv niet bevrijdend werkte.

Naar aanleiding van deze boete klaagde Falk in Straatsburg over schending van art. 6 lid 2 EVRM. Hij stelde dat de aansprakelijkheidsregeling in de Wahv bedoeld was om de waarborgen in art. 6 EVRM te omzeilen. Volgens hem verplichtte art. 6 lid 2 EVRM de overheid er echter toe alles in het werk te stellen om de identiteit van de werkelijke bestuurder te achterhalen.¹²¹⁷

¹²¹⁶ Zie hiervoor hoofdstuk 6, met name § 5.2.4.

¹²¹⁷ Hij voerde twee gronden aan: *'The applicant, for his part, considered that the system set up under the Act constituted an attempt to remove fines imposed for traffic offences from the requirements of Article 6, including respect for the principle of the presumption of innocence. In his opinion, the Article 6 § 2 requirement obliged the authorities to do everything possible to discover the identity of the actual offender and their right to sanction offences was forfeited where they failed to do so.'* EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (Falk tegen Nederland).

Het Hof zag dat anders. De procedure tegen Falk naar aanleiding van de verkeersovertreding, was naar het oordeel van het Hof weliswaar een *criminal charge*, maar het recht *'to be presumed innocent'* is niet absoluut, zo overwoog het:

*'Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim pursued (see Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden, no. 36985/97, § 113, 23 July 2002).'*¹²¹⁸

In het licht van de bestaande jurisprudentie over aansprakelijkheid op basis van (schuld)vermoedens en feiten waarbij er een beperkte ruimte voor verweer bestond, beoordeelde het Hof vervolgens of de mate waarin Falk in zijn verdediging beperkt werd op grond van de Wahv proportioneel was, gezien het doel van de regeling. Voor die afweging achtte het Hof van belang dat het systeem van de Wahv zo was ingericht dat de verkeersveiligheid op effectieve wijze werd verzekerd door verkeersovertredingen begaan door onbekende bestuurders niet onbestraft te laten. Daarnaast werd de aansprakelijkheid niet zonder meer gebaseerd op de feiten zoals vastgesteld door de vervolgende instantie, maar waren er verschillende verweren mogelijk:

'[T]he Court understands that the impugned liability rule was introduced in order to secure effective road safety by ensuring that traffic offences, detected by technical or other means and committed by a driver whose identity could not be established at the material time, would not go unpunished whilst having due regard to the need to ensure that the prosecution and punishment of such offences would not entail an unacceptable burden on the domestic judicial authorities. It further notes that a person fined under Article 5 of the Act can challenge the fine before a trial court with full competence in the matter and that, in any such proceedings, the person concerned is not left without any means of defence in that he or she can raise arguments based on Article 8 of the Act and/or claim that at the material time the

The applicant further submitted that the aim of the Act as described by the Government, namely to improve road safety by imposing sanctions, had not been attained. Since the entry into force of the Act eleven years ago, the number of traffic offences, for the most part detected by technical means, had in fact increased. According to the applicant, only when traffic offenders were actually stopped and lectured about their behaviour would fines imposed for traffic offences regain their effectiveness and their educational value, and thus make an essential and positive contribution to road safety.' EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (Falk tegen Nederland).

¹²¹⁸ EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (Falk tegen Nederland).

*police had a realistic opportunity of stopping the car and establishing the identity of the driver.*¹²¹⁹

In dat licht concludeerde het Hof dat de klacht van Falk ‘*manifestly ill-founded*’ was.

5.3. Buck tegen Duitsland

Anders dan in Nederland is in Duitsland de vaststelling van de identiteit van de bestuurder een voorwaarde voor het kunnen bestraffen van een verkeersovertreding.¹²²⁰ Deze regeling brengt een relatief zware bewijslast met zich mee voor de vervolgende instantie. Die kan verstreckende consequenties hebben voor de privacy van de betrokkene(n), zoals blijkt uit Buck tegen Duitsland.¹²²¹ Aanleiding voor deze uitspraak was een snelheidsovertreding die zou zijn begaan door V.B., de zoon van Buck. De auto waarmee de overtreiding werd begaan, stond echter niet op zijn naam geregistreerd, maar op naam van het bedrijf Trinkomat, waarvan Buck senior de eigenaar en de manager was. V.B. ontkende dat hij de overtreiding had begaan en wees erop dat er vijftien personen waren die deze bedrijfsauto gebruikt konden hebben op de bewuste dag.¹²²²

Om de identiteit van de bestuurder te achterhalen, beval de rechter een doorzoeking van het bedrijf en de woning van Buck ten einde alle documenten in beslag te kunnen nemen die informatie gaven over de identiteit van de bestuurder die de overtreiding had begaan.¹²²³ Bucks bezwaren tegen de doorzoeking waren zonder succes. Ook werd bij de gemeente de paspoortfoto van V.B. opgevraagd. Op basis van de documenten gevonden bij de doorzoeking concludeerde de politie dat zes werknemers en een ander familielid van Buck op de bewuste dag in de auto gereden konden hebben. Uiteindelijk concludeerde de rechtbank op basis van een fotovergelijking dat V.B. de bestuurder was geweest:

¹²¹⁹ EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (Falk tegen Nederland).

¹²²⁰ Zie voor het standpunt van de Duitse regering EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98 (Buck tegen Duitsland) § 40 en 43. De bepaling op basis waarvan V.B. werd vervolgd was § 49 van de Straßenverkehrs-Ordnung (StVO). Deze bepaling luidt:

§ 49 (1) *Ordnungswidrig im Sinne des § 24 des Straßenverkehrsgesetzes handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift über (...)*

3. *die Geschwindigkeit nach § 3(...) verstößt.*

¹²²¹ EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98 (Buck tegen Duitsland).

¹²²² *On 4 September 1996 V.B. lodged an objection against the administrative decision imposing the fine; EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98 (Buck tegen Duitsland) §13: ‘On 12 March 1997 the trial in the case opened before the Bad Urach District Court. V.B. pleaded not guilty, stating that about fifteen other persons could have been driving the company car in question on that day.’*

¹²²³ Buck senior werd eerst opgeroepen als getuige, maar beriep zich als familielid op zijn verschoningsrecht.

*'The District Court, having regard to expert technical evidence, found that the radar check had been properly carried out and that the measurements were correct. Moreover, having compared the photographs taken on the occasion of the radar check, in particular the enlargement prepared by the expert, and V.B.'s passport photograph taken in 1994, which had been retained in the administrative files of the Dettingen municipal authorities, the court reached the conclusion that it was V.B. who had been driving the car. In this respect, the court compared the form of the face, the nose, the position of the eyes and the eyebrows. Furthermore, although V.B. had meanwhile grown a beard, the lower part of the face on the radar photos and of V.B.'s face on the passport photo, showing him without a beard, clearly matched. There were no indications that any other person with the same characteristics had been driving the car at the relevant time.'*¹²²⁴

V.B. werd veroordeeld tot een boete van 120 DM (€ 61,-) en de proceskosten voor *'having negligently exceeded a speed limit'*.

Naar aanleiding van deze doorzoeking(en) diende Buck een klacht in bij het EHRM wegens schending van het EVRM (art. 6 en 8). Het Hof constateerde dat niet in geschil was dat de doorzoeking van zijn bedrijfspand en woning inbreuk had gemaakt op Bucks recht op een ongestoord privé- en familieleven op grond van art. 8 EVRM. Anders dan Buck, stelde Duitsland echter dat deze inbreuk noodzakelijk was om de identiteit van de bestuurder te kunnen vaststellen.

*'According to the Government, the search served the legitimate aims of the protection of public order, the prevention of disorder or crime and, as far as the provisions on speeding were concerned, the protection of the rights and freedoms of others, namely, other road users. (...) The Government submitted that the search and seizure provided the only possibility for the District Court to establish who had been driving the car at the relevant time. Only by comparing the photographs, and on the basis of the documents seized, was the District Court in a position to exclude the possibility that a person other than the applicant's son had been driving the car. The applicant's employees could be excluded as potential drivers at the relevant time due to their sex or age. It did not appear appropriate to discontinue the proceedings in such circumstances, considering general prevention purposes and the risks to life and limb for other road users inherent in speeding.'*¹²²⁵

De doorzoeking van het huis en het bedrijfspand was volgens Duitsland noodzakelijk om de verkeersovertreding te kunnen bestraffen. Het Hof zag dat anders: noch de

¹²²⁴ EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98 (Buck tegen Duitsland) § 23.

¹²²⁵ EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98 (Buck tegen Duitsland) § 40 en 43.

ernst van de overtreding noch het gebrek aan andere mogelijkheden om de dader te achterhalen waren voldoende om de doorzoeking van het huis te rechtvaardigen, gelet op de ernst van die inbreuk op het recht ex art. 8 EVRM, aldus het Hof:

‘The Court would like to stress that, as it has stated above, the States, when taking measures to prevent disorder or crime and to protect the rights of others, may well consider it necessary, for the purposes of special and general prevention, to resort to measures such as searches and seizures in order to obtain evidence of certain offences in a sphere in which it is otherwise impossible to identify the person guilty of the offence.

However, having regard to the severity of the interference with the right to respect for his home of a person affected by such measures, it must be clearly established that the proportionality principle has been adhered to. Having regard to the special circumstances of this case, in particular the fact that the search and seizure in question had been ordered in connection with a minor contravention of a regulation purportedly committed by a third person and comprised the private residential premises of the applicant, the Court concludes that the interference cannot be regarded as proportionate to the legitimate aims pursued.’¹²²⁶

De doorzoeking was niet proportioneel in verhouding tot de andere relevante belangen: de inbreuk die de doorzoeking op het privé- en familieleven van de betrokkene maakte, stond in geen verhouding tot de ernst van de overtreding. Aan de klacht over de schending van art. 6 EVRM kwam het Hof niet meer toe.¹²²⁷ Desondanks is deze uitspraak juist met betrekking tot het schuldbeginsel relevant: de Duitse regeling eist bewijs van schuld en deze zaak laat zien dat die eis vanuit een ander perspectief problematisch kan zijn.

5.4. O’Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk

In Duitsland is voor het opleggen van de boete vereist dat wordt vastgesteld wie de auto heeft bestuurd. Net als in Duitsland wordt er in het Verenigd Koninkrijk naar gestreefd om de bestuurder te achterhalen. Anders dan in Duitsland gebeurt

¹²²⁶ EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98 (Buck tegen Duitsland) § 52.

¹²²⁷ In een andere zaak, Fank GmbH tegen Duitsland (EHRM, 15 november 2011, appl.nr. 43005/07) had het bedrijf wel gegevens over de bestuurder bekend gemaakt, maar ontkende de chauffeur dat hij op dat moment de bestuurder van de truck was geweest. Daarop werd Frank GmbH verzocht de tachograaf te overhandigen om op deze manier de identiteit van de bestuurder te kunnen achterhalen. Frank GmbH weigerde echter de tachograaf te overhandigen en daarop besloot de politie tot het doorzoeken van het pand. Dit leidde tot de inbeslagname van de tachograaf. Naar het oordeel van het EHRM was er in dat geval geen sprake van een schending van art. 8 EVRM; het verklaarde de klacht niet-ontvankelijk (*‘inadmissible’*).

dat in het Verenigd Koninkrijk door de kentekenhouder te verzoeken de bestuurder bekend te maken. Het niet bekend maken van de bestuurder is afzonderlijk strafbaar gesteld.

O'Halloran en Francis kregen elk een *Notice of Intended Prosecution* in verband met snelheidsovertredingen. Terwijl O'Halloran werd aangesproken als de bestuurder ('*you have been named as the driver*') werd Francis gevraagd om de identiteit van de bestuurder bekend te maken ('*You are recorded as the owner/keeper/driver or user for the above vehicle (...) and you are required to provide the full name and address of the driver at the time and location specified*').¹²²⁸ O'Halloran bevestigde dat hij de bestuurder van de auto was geweest, waarna hij werd gedagvaard voor het *magistrates' court*. Hij probeerde zijn bekentenis – voor aanvang van de zitting – weer in te trekken, maar dat werd afgewezen. Het *magistrates' court* veroordeelde hem op basis van zijn bekentenis en de foto gemaakt door de radarcontrole tot een boete van £ 100 voor een overschrijding van de maximumsnelheid met 29 mph, zes strafpunten en £ 150 proceskosten.

Francis koos voor een andere reactie naar aanleiding van de *Notice of Intended Prosecution* die hij had ontvangen: hij weigerde om de bestuurder bekend te maken. De weigering om op verzoek de bestuurder bekend te maken is in het Verenigd Koninkrijk strafbaar gesteld in art. 172 sub 3 van de Road Traffic Act 1988.¹²²⁹

'Art. 172 Road Traffic Act 1988

(...)

'2) *Where the driver of a vehicle is alleged to be guilty of an offence to which this section applies –*

(a) *the person keeping the vehicle shall give such information as to the identity of the driver as he may be required to give by or on behalf of a chief officer of police, and*

(b) *any other person shall if required as stated above give any information which it is in his power to give and may lead to identification of the driver.*

3) *Subject to the following provisions, a person who fails to comply with a requirement under subsection (2) above shall be guilty of an offence.*

¹²²⁸ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk).

¹²²⁹ In de zaken van O'Halloran en Francis wordt gerefereerd aan deze bepaling, dit is echter niet meer de originele bepaling uit 1988. De tekst van dit artikel werd het laatst gewijzigd door art. 21 van de Road Traffic Act 1991 die in werking is getreden op 1 juli 1992 (c. 40, S.I. 1992/1286, art. 2).

4) *A person shall not be guilty of an offence by virtue of paragraph (a) of subsection (2) above if he shows that he did not know and could not with reasonable diligence have ascertained who the driver of the vehicle was.*¹²³⁰

Het niet bekendmaken van de bestuurder kan worden bestraft met een boete van maximaal £ 1000, daarnaast kan het rijbewijs van de kentekenhouder (tijdelijk) worden ingetrokken en kunnen er maximaal drie strafpunten aan het rijbewijs van die kentekenhouder worden toegekend.

Hoewel de toegestane maximumsnelheid 'slechts' met 17 mph was overtreden, werd Francis door het *magistrates' court* veroordeeld tot een boete van £ 750, drie strafpunten en het betalen van £ 250 aan proceskosten.

Naar aanleiding van hun veroordelingen dienden zowel O'Halloran als Francis afzonderlijk een klacht in bij het EHRM over de schending van art. 6 lid 1 en lid 2 EVRM. Beiden stelden dat door de wijze waarop de boetes waren opgelegd het recht om te zwijgen en het *privilege against self-incrimination* waren geschonden. O'Halloran had bevestigd dat hij de bestuurder was geweest, maar kon zijn verklaring niet meer intrekken. Francis stelde dat hij eigenlijk werd gedwongen om te bekennen, doordat de straf die aan hem was opgelegd substantieel zwaarder was dan de straf die hij zou hebben gekregen wanneer hij schuld had bekend. Ondanks de verschillende feitelijke omstandigheden, zag het Hof aanleiding om de klachten van O'Halloran en Francis gezamenlijk te behandelen. In beide zaken stond volgens het Hof dezelfde vraag centraal, te weten: *'whether the coercion of a person who is the subject of a charge of speeding under section 172 of the 1998 Act to make statements which incriminate him or might lead to his incrimination is compatible with Article 6 of the Convention.'*¹²³¹

Het Verenigd Koninkrijk stelde dat de regeling van de Road Traffic Act 1988 in het algemeen belang was. Art. 172 was onmisbaar voor het op een effectieve manier bestraffen van de verkeersovertredingen, aldus het Verenigd Koninkrijk:

'There were very good reasons why the owner should be required to identify the driver: driving offences are intended to deter dangerous conduct which causes risk to the public and deterrence depended on effective enforcement (...) there was no obvious generally effective alternative to the power contained in section 172 and without such a power it would be impossible to investigate and prosecute traffic

¹²³⁰ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) §25-26.

¹²³¹ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 44.

*offences effectively, and the simple fact of being the driver of a motor car was not in itself incriminating.*¹²³²

Dat de regeling van art. 172 tot op zekere hoogte inbreuk maakte op het recht om te zwijgen en het *privilege against self-incrimination* was volgens het Verenigd Koninkrijk proportioneel ten opzichte van het doel van de regeling, namelijk het effectief optreden tegen verkeersovertredingen. Bovendien was de vordering tot het bekend maken van de bestuurder in vergelijking met de andere opties volgens het Verenigd Koninkrijk het minst ingrijpende middel:

*‘[T]he use of section 172 was more limited in its effect on drivers than would-be alternatives such as the drawing of adverse inferences from a failure on the part of a registered keeper to provide the name of the driver when required to do so, or a statutory presumption of fact that the registered driver was the driver at the material time unless he showed otherwise. (...) [T]he very fact that other legislative techniques could bring about substantially the same result indicated that questions of proportionality – rather than the absolute nature of the rights suggested by the applicants in cases of direct compulsion – were at issue.’*¹²³³

Het Hof stelde vast dat de kentekenhouder inderdaad aan een zekere dwang werd blootgesteld door art. 172 en dat deze dwang van ‘a direct nature’ was.¹²³⁴ Of die dwang toelaatbaar was, beoordeelde het Hof in het licht van de aard en de mate van dwang, de waarborgen in de procedure en de wijze waarop het aldus verkregen bewijs werd gebruikt.¹²³⁵ Van belang daarbij achtte het Hof dat de dwang werd uitgeoefend in de vorm van een verplichting die specifiek gericht was tot de kentekenhouder in verband met de verplichtingen en verantwoordelijkheden die het bezit van een auto met zich mee brachten:

‘Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom these responsibilities

¹²³² EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O’Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 38. Vgl. Weh tegen Oostenrijk, EHRM, 8 april 2004, appl.nr. 38544/97, dat hierna wordt besproken in par. 5.5.

¹²³³ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O’Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 39.

¹²³⁴ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O’Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 57.

¹²³⁵ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O’Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 55.

*include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion.*¹²³⁶

Het Hof constateerde dat de regeling aan het bezit van een auto verschillende verplichtingen en verantwoordelijkheden verbond, waaronder de verplichting tot het bekend maken van de bestuurder. De redenering dat door de keuze voor een auto de burger ook de regeling van art. 172 Road Traffic Act 1988 werd geacht te aanvaarden, bracht met zich mee dat de verplichting ex art. 172 om de bestuurder bekend te maken werd beschouwd als een directe consequentie van die keuze.

Dat O'Halloran zijn eerdere verklaring niet meer kon intrekken, was naar het oordeel van het Hof niet in strijd met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 van het EVRM. De verklaring van O'Halloran was slechts een onderdeel van het bewijs; het was nog steeds aan de vervolgende instantie om te bewijzen dat de overtreding was begaan.¹²³⁷

Wat betreft de vervolging van Francis voor het niet bekend maken van de bestuurder, stelde het Hof vast dat hij geen verklaring of bekentenis had afgelegd. Die verklaring was dus ook niet gebruikt in een tegen hem gerichte vervolging. Wat betreft de vraag of de veroordeling van Francis voor het weigeren de bestuurder bekend te maken in strijd was met art. 6 EVRM, concludeerde het Hof dat het niet bekend maken van de bestuurder een zelfstandig strafbaar feit was (*'it constituted the offence itself'*).¹²³⁸ In het licht van de onschuldpresumptie was dat niet problematisch. Het Hof concludeerde dat de kern van het recht om te zwijgen en het *privilege against self-incrimination* door de verplichting ex art. 172 Road Traffic Act 1988 niet werden geraakt:

¹²³⁶ Het Hof verwees daarbij naar een opmerking van Lord Bingham (Privy Council in de zaak *Brown v. Stott*) die stelde dat *'the compulsion flowed from the fact (...) that "[a]ll who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. This regime is imposed not because owning or driving cars is a privilege or indulgence granted by the State but because the possession and use of cars (...) are recognised to have the potential to cause grave injury"*. EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 57.

¹²³⁷ *'It remained for the prosecution to prove the offence beyond reasonable doubt in ordinary proceedings, including protection against the use of unreliable evidence and evidence obtained by oppression or other improper means (but not including a challenge to the admissibility of the statement under section 172), and the defendant could give evidence and call witnesses if he wished. Again, as noted in the case of Brown v. Stott, the identity of the driver is only one element in the offence of speeding, and there is no question of a conviction arising in the underlying proceedings in respect solely of the information obtained as a result of section 172(2)(a).'* EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 60.

¹²³⁸ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 61.

‘Having regard to all the circumstances of the case, including the special nature of the regulatory regime in issue and the limited nature of the information sought by a notice under section 172 of the Road Traffic Act 1988, the Court considers that the essence of the applicants’ right to remain silent and their privilege against self-incrimination has not been destroyed.’¹²³⁹

Een vordering tot het bekend maken van de bestuurder en ook het bestraffen van het niet bekend maken van de bestuurder zijn niet onverenigbaar met art. 6 lid 2 EVRM. Daarbij sloot het Hof zich aan bij een opmerking van een Lord uit het Engelse *House of Lords* dat het bezit van een auto bepaalde verantwoordelijkheden en verplichtingen met zich meebracht.

5.5. Weh en Krumpholz tegen Oostenrijk

Ook de Oostenrijkse regeling vordert van de kentekenhouder dat hij de bestuurder bekend maakt als met de auto die op zijn naam geregistreerd staat een verkeersovertreding is begaan. Weh had zijn auto uitgeleend aan C.K., die uit de Verenigde Staten afkomstig was. C.K. reed kennelijk sneller dan ter plaatse was toegestaan, waardoor Weh als kentekenhouder een *Anonymverfügung* (beschikking) kreeg met een boete van 800 Oostenrijkse Schilling (ATS).¹²⁴⁰ Weh betaalde niet, waarna een strafvervolgning voor de overtreding werd opgestart. In het kader van die procedure werd Weh verzocht de bestuurder bekend te maken op grond van art. 103 lid 2 van de Oostenrijkse *Kraftfahrzeuggesetz*. Deze bepaling luidde destijds:¹²⁴¹

‘The authority may request information as to who had driven a certain motor vehicle identified by the number plate at a certain time or had last parked such a motor vehicle ... at a certain place before a certain date.

The registered car owner ... must provide such information, which must include the name and address of the person concerned; if he or she is unable to give such information, he/she must name a person who can do so and who will then be under an obligation to inform the authority; the statements made by the person required to give information do not release the authority from its duty to review such statements where this seems appropriate in the circumstances of the case.

The requested information is to be provided immediately or, in case of a written request, within two weeks after the request has been served; where such information cannot be provided without keeping pertinent records, such records shall be kept.

¹²³⁹ EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02 (O’Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk) § 62.

¹²⁴⁰ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 11.

¹²⁴¹ In de Engelse vertaling van deze bepaling in de uitspraak van het EHRM.

*The authority's right to require such information shall take precedence over the right to refuse to give information.*¹²⁴²

Op het niet naleven van art. 103 lid 2 van de Kraftfahrzeuggesetz stond een boete van maximaal 30,000 ATS (Oostenrijkse Schillingen, ongeveer € 2180,-).¹²⁴³

Naar aanleiding van het verzoek (of bevel) de bestuurder bekend te maken, verklaarde Weh vervolgens dat “C.K. [first and family name in full]”, living in “USA/ University of Texas” de bestuurder was geweest die met zijn auto de overtreding had begaan.¹²⁴⁴ Deze informatie over de identiteit van de bestuurder was naar het oordeel van de Oostenrijkse autoriteiten niet nauwkeurig genoeg (‘inaccurate’). Daarom werd Weh vervolgens op basis van een strafbevel (*Strafverfügung*) veroordeeld tot het betalen van een boete van 900 ATS (ongeveer € 65,-).¹²⁴⁵

In hoger beroep bleef de veroordeling in stand, hoewel Weh volhield dat de informatie die hij had verstrekt ‘sufficiently accurate’ was.¹²⁴⁶ De *Unabhängiger Verwaltungssenat Vorarlberg* overwoog dat de wet behalve het niet verstrekken van informatie ook het verstrekken van onvoldoende nauwkeurige informatie strafbaar stelde :

‘[N]ot only the failure to give any information at all but also the disclosure of inaccurate information amounted to a failure to comply with section 103 § 2. Finally, the Panel observed that the University of Texas had 14 different locations

¹²⁴² EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 24. Deze bepaling was in Oostenrijk niet onomstreden, het Constitutioneel Hof had al meerdere eerdere versies van de bepaling buiten werking gesteld: ‘The ultimate sentence of this provision was enacted as a provision of constitutional rank after the Constitutional Court had, in its judgments of 3 March 1984 and 8 March 1985, quashed previous similar provisions on the ground that they were contrary to Article 90 § 2 of the Federal Constitution which prohibits inter alia that a suspect be obliged on pain of a fine to incriminate himself. (...) In its judgment of 29 September 1988 the Constitutional Court found that the first to third sentences of section 103 § 2 of the Motor Vehicles Act as amended in 1986 were, like the previous provisions, contrary to the right not to incriminate oneself which flowed from Article 90 § 2 of the Federal Constitution and from Article 6 of the European Convention of Human Rights but were saved by the ultimate sentence of that provision which had constitutional rank. In reaching that conclusion the Constitutional Court had examined whether the ultimate sentence of section 103 § 2 was contrary to the guiding principles of the Constitution, but had found that this was not the case.’ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 25-26.

¹²⁴³ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 27.

¹²⁴⁴ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 13.

¹²⁴⁵ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 14.

¹²⁴⁶ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 18. Onduidelijk is of C.K. echt bestond en in hoeverre de Oostenrijkse autoriteiten daadwerkelijk hebben geprobeerd deze C.K. te achterhalen op basis van de verstrekte informatie.

*in Texas. Therefore the information provided by the first applicant had indeed been inaccurate.*¹²⁴⁷

Beide hoogste instanties in Oostenrijk, het *Verfassungsgericht* en het *Verwaltungsgericht*, weigerden zijn zaak te behandelen vanwege het gebrek aan belang en de lage boete.¹²⁴⁸ Weh diende een klacht in Straatsburg in, omdat hij van mening was dat Oostenrijk ten opzichte van hem art. 6 EVRM had geschonden, met name zijn recht om te zwijgen en ‘*not to incriminate oneself*’.

Het Hof constateerde dat Weh niet vervolgd (en bestraft) werd voor de snelheidsovertreding, maar voor het niet voldoen aan zijn plicht als kentekenhouder de bestuurder bekend te maken, dat wil zeggen, voldoende nauwkeurige informatie te verstrekken over de identiteit van de bestuurder om deze te kunnen achterhalen.¹²⁴⁹ Daarom concludeerde het Hof dat de gevraagde informatie onder deze omstandigheden op zichzelf niet *incriminating* was, aangezien er geen verdenking tegen Weh was:

‘In the present case the proceedings for speeding were conducted against unknown offenders, when the authorities requested the applicant under section 103 § 2 of the Motor Vehicles Act to disclose who had been driving his car on 5 March 1995. There were clearly no proceedings for speeding pending against the applicant and it cannot even be said that they were anticipated as the authorities did not have any element of suspicion against him.

*There is nothing to show that the applicant was “substantially affected” so as to consider him being “charged” with the offence of speeding within the autonomous meaning of Article 6 § 1 (...). It was merely in his capacity as the registered car owner that he was required to give information. Moreover, he was only required to state a simple fact – namely who had been the driver of his car – which is not in itself incriminating.*¹²⁵⁰

¹²⁴⁷ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 19.

¹²⁴⁸ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 21-22: ‘[T]he Constitutional Court refused to deal with the applicant’s complaint for lack of prospects of success. (...) [T]he Administrative Court (Verwaltungsgerichtshof) refused to deal with the applicant’s complaint pursuant to section 33a of the Administrative Court Act (Verwaltungsgerichtshofgesetz) since the amount of the penalty did not exceed ATS 10,000, and no important legal problem was at stake.’

¹²⁴⁹ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 50-51: ‘The heart of the applicant’s complaint is that he was punished for failure to give information which may have incriminated him in the context of criminal proceedings for speeding. However, neither at the time when the applicant was requested to disclose the driver of his car nor thereafter were these proceedings conducted against him. Thus, the present case is not one concerned with the use of compulsorily obtained information in subsequent criminal proceedings (...).’

¹²⁵⁰ EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk) § 53-54.

Zijn vervolging had alleen betrekking op de door hem verstrekke, onvoldoende nauwkeurige informatie over de bestuurder. Het recht *'not to incriminate oneself'* noch het recht om te zwijgen was door de aard van de procedure in gevaar gekomen, concludeerde het Hof.¹²⁵¹

Anders lag dat in Krumpholz tegen Oostenrijk. Ook Krumpholz kreeg een *Anonymverfügung* en werd verzocht de bestuurder bekend te maken. Dit weigerde hij, omdat hij van mening was dat het verzoek in strijd was met art. 6 EVRM. Wel verklaarde hij nadrukkelijk dat hij ten tijde van de overtreding niet in Oostenrijk was geweest en in elk geval de auto niet zelf had bestuurd.¹²⁵²

Naar aanleiding van deze verklaring werd de procedure voor het niet bekend maken van de bestuurder echter gestaakt en in plaats daarvan werd aan Krumpholz een boete van € 180,- opgelegd in verband met de snelheidsovertreding.¹²⁵³ De *Bezirkshauptmannschaft* Graz-Umgebung, de instantie die de boete had opgelegd, baseerde die beslissing op een regel die in de Oostenrijkse jurisprudentie over de kentekenaansprakelijkheid was ontwikkeld. In deze jurisprudentie werd aangenomen dat de kentekenhouders die weigerde de bestuurder bekend te maken en geen bevrijdende omstandigheden aanvoerde, vermoedelijk zelf de bestuurder was geweest. Op grond van deze jurisprudentie nam ook de *Bezirkshauptmannschaft* Graz-Umgebung aan dat Krumpholz, ondanks zijn andersluidende verklaring, de bestuurder was geweest:

*'The authority noted that the applicant had refused to disclose who had driven his car on 26 February 2003 when it had been recorded exceeding the speed limit. The authority therefore concluded that he had himself been the driver. It observed that this presumption was based on the case-law of the Administrative Court, which had considered that in a case in which the registered keeper of a car did not disclose the driver's identity and did not submit any exculpatory evidence in his defence, the authority could reasonably conclude that the keeper himself had been the driver.'*¹²⁵⁴

In dit geval leidde het niet bekend (willen) maken van de bestuurder dus niet tot een vervolging voor *'failure to supply information'*, maar tot een vervolging voor het begaan van de overtreding. In hoger beroep herhaalde Krumpholz dat hij niet de

¹²⁵¹ Deze uitspraak was echter niet unaniem, maar een vier tegen drie beslissing, waarbij de *dissenting judges* ook een gezamenlijke *dissenting opinion* hebben gepubliceerd.

¹²⁵² EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 9: *'that he had not been driving his car but that he refused to disclose the driver's identity as he considered this obligation to be at variance with Article 6 of the Convention.'*

¹²⁵³ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 10.

¹²⁵⁴ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 13.

bestuurder was geweest en hij voegde daaraan toe dat hij niet wist wie destijds wel de bestuurder was geweest, omdat zijn auto door verschillende mensen was gebruikt en hij daar geen register van had bijgehouden.¹²⁵⁵

Krumpholz diende een klacht in wegens schending van art. 6 lid 1 en lid 2 EVRM.¹²⁵⁶ Naar aanleiding van de uitspraak in Weh constateerde het Hof dat het informeren naar de identiteit van de bestuurder op zichzelf geen inbreuk maakte op de rechten in art. 6 EVRM.¹²⁵⁷ De Oostenrijkse wet baseerde de aansprakelijkheid voor snelheidsovertredingen ook niet op de veronderstelling dat de kentekenhouder de bestuurder was geweest:

*'In this context it is noted that Austrian law does not contain any presumption that the registered keeper of a motor vehicle is to be considered as the driver unless he proves otherwise, nor does it establish the registered keeper's liability for traffic offences committed with the motor vehicle.'*¹²⁵⁸

Hoewel de wettelijke regeling niet gebaseerd was op het vermoeden dat de kentekenhouder de bestuurder was, bleek de Oostenrijkse rechtspraak in het geval van Krumpholz de bepaling wel op die manier te interpreteren. Deze interpretatie, die ertoe leidde dat geconcludeerd werd dat Krumpholz in weerwil van zijn verklaring de bestuurder was geweest, was naar het oordeel van het Hof evenwel niet begrijpelijk. Ook was het Hof *'not convinced'* door het verweer van Oostenrijk dat de rechter tot die conclusie was gekomen nadat de zaak zorgvuldig was onderzocht:

'The only evidence which the Independent Administrative Panel possessed were a speed recording of the car of which the applicant was the registered keeper and the policeman's statement that this recording had been duly made. There was no evidence giving any indication as to the identity of the driver. Furthermore, the

¹²⁵⁵ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 14.

¹²⁵⁶ Behalve de inhoudelijke klacht, speelde in deze zaak ook een ontvankelijkheidskwestie doordat Oostenrijk stelde dat Krumpholz geen slachtoffer was van een schending omdat de boete niet ten uitvoer was gelegd en inmiddels was verjaard. Krumpholz stelde echter wel betaald te hebben, zie EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 22-23: *'The Government submitted that the applicant could not claim to be a victim as, according to their information, the fine imposed on him had not been enforced and could no longer be enforced as it was time-barred, since more than three years had elapsed since it had been imposed with final effect. The applicant contested this assertion and submitted evidence in the form of a copy of the bank transfer covering the amount of the fine and the costs of the proceedings.'*

¹²⁵⁷ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 32 en 35, zie ook EHRM 19 oktober 2004, 66273/01 (Falk tegen Nederland), hiervoor in par. 5.2 en EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02 (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk), hiervoor in par. 5.4.

¹²⁵⁸ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 38.

*Independent Administrative Panel had before it the applicant's written submission in which he claimed that he had not been driving the car, had not even been in Austria at the material time and was not in a position to provide the name and address of the driver as the car had been used regularly by a number of persons. The Court cannot find that in such a situation the only common-sense conclusion was that the applicant himself had been the driver.*¹²⁵⁹

Als gevolg van de kunstgreep van de *Bezirkshauptmannschaft* Graz-Umgebung was het uitgangspunt van de hele procedure die volgde dat Krumpholz schuld had aan de verkeersovertreding. Het was vervolgens aan hem om zijn onschuld te bewijzen, constateerde het Hof.¹²⁶⁰ Dat was echter niet het enige kritiekpunt. Behalve dat sprake was van een omkering van de bewijslast was de procedure ook zo ingericht dat een hoorzitting alleen plaatsvond op verzoek van de burger. Daardoor werd in de praktijk niet alleen de bewijslast, maar ook de verantwoordelijkheid voor een eerlijk proces verplaatst naar de burger, zo stelde het Hof.¹²⁶¹ Vanwege deze omkering van de bewijslast en de afwezigheid van voldoende procedurele waarborgen concludeerde het Hof dat Oostenrijk zowel het recht om te zwijgen als de onschuldpresumptie had geschonden met betrekking tot Krumpholz.

*'In sum, the drawing of inferences in a situation which did not clearly call for an explanation from the applicant and without sufficient procedural safeguards being applied violated the applicant's right to silence and the presumption of innocence.'*¹²⁶²

¹²⁵⁹ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 40.

¹²⁶⁰ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 40: '(...) By requiring the applicant to provide an explanation although it had not been able to establish a convincing *prima facie* case against him, the Independent Administrative Panel shifted the burden of proof from the prosecution to the defence (see, Telfner, cited above, § 18).'

¹²⁶¹ EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 41: 'Moreover, the Court notes that there were no sufficient procedural safeguards in place. The Independent Administrative Panel found that it had been for the applicant to make specific submissions as to his whereabouts and to submit evidence. In addition, pursuant to section 51e of the Administrative Offences Act, the Independent Administrative Panel, which was the first and only court to examine the case (...), was not obliged to hold a hearing unless the applicant requested one. Thus, not only the burden of proof but the responsibility for the conduct of the proceedings was shifted on to the applicant. The Court considers that if the Independent Administrative Panel wished to draw inferences from the applicant's refusal to disclose the identity of the driver, it should have held a hearing of its own motion in order to question the applicant and to obtain a direct impression of his credibility.'

¹²⁶² EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk) § 42.

Terwijl het Hof in Weh had geconcludeerd dat de wijze waarop de Oostenrijkse regeling was toegepast, art. 6 EVRM niet had geschonden, lag dat in Krumpholz anders. Die uitkomst was in de eerste plaats te wijten aan de ‘kunstgreep’ die de *Bezirkshauptmannschaft* Graz-Umgebung op grond van de jurisprudentie had toegepast om Krumpholz, ondanks diens nadrukkelijke ontkenning destijds de auto te hebben bestuurd, toch als de bestuurder aan te merken.

5.6. Célice tegen Frankrijk

Célice ontving een kennisgeving die hem informeerde over de snelheidsovertreding die op 14 juni 2008 zou zijn begaan met de Ferrari Dino uit 1975 die op zijn naam stond geregistreerd.¹²⁶³ Na correctie bleek de ter plaatse geldende maximumsnelheid met 1 km/u te zijn overschreden. Hiervoor kreeg Célice een boete van € 68,-.¹²⁶⁴ Célice diende een verzoek tot vrijstelling van de boete in via het formulier ‘*formulaire de requête en exonération (art. 529-10 et R. 49-14 du code de procédure pénale)*’. Dit formulier ging uit van drie situaties voor vrijstelling: 1) de auto was gestolen of vernietigd, 2) de auto was uitgeleend, verhuurd of verkocht en 3) overige redenen voor vrijstelling van de boete, waaronder het ontbreken van bewijsstukken.¹²⁶⁵ Ook was het betalen van een borgsom ter hoogte van de vastgestelde boete voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het verzoek.¹²⁶⁶

Célice maakte bezwaar op basis van de derde grond, betaalde de borgsom en stuurde het formulier op de juiste wijze (aangetekend) en voorzien van de juiste documenten aan de officier van justitie. In zijn toelichting stelde hij dat hij de auto waarmee de overtreiding was begaan niet dagelijks gebruikte. Op het tijdstip waarop de overtreiding was geconstateerd, was Célice op zijn werk en dat konden

¹²⁶³ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk).

¹²⁶⁴ De kennisgeving vermeldde verder dat bij betaling binnen 15 dagen de boete werd verlaagd tot € 45 en bij het uitblijven van betaling na 45 dagen de boete werd verhoogd tot € 180.

¹²⁶⁵ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 9: ‘*Ce formulaire envisage trois situations : 1o le vol ou la destruction du véhicule ; 2o le prêt, la location ou la cession du véhicule ; 3o « autre motif ou absence des justificatifs ou des documents demandés ».*’ Art. 529-10 Code de procédure pénale formuleerde die gronden nog iets strenger en vereiste: of een bewijs van aangifte in verband met diefstal van het voertuig, vernietiging van het voertuig, of het onrechtmatig gebruik van kentekenplaten of een bewijs van vernietiging van de auto conform de Code de la route (‘*Le récépissé du dépôt de plainte pour vol ou destruction du véhicule ou pour le délit d’usurpation de plaque d’immatriculation prévu par l’article L. 317-4-1 du code de la route, ou une copie de la déclaration de destruction de véhicule établie conformément aux dispositions du code de la route*’, art. 529-10 onder sub a Code de procédure pénale)

¹²⁶⁶ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 9 (‘(...) [E]t que le montant de l’amende forfaitaire doit être réglé à titre de consignation. Il précise que cette consignation n’est pas assimilable au paiement de l’amende forfaitaire et n’entraîne pas de retrait de points du permis de conduire.’)

meerdere getuigen bevestigen. De overtreding was dus niet door hem begaan, maar hij vermoedde dat een van de monteurs van de garage waar de auto stond de auto had gebruikt die dag, mogelijkwerijs zonder zijn toestemming. Om te achterhalen wie met zijn auto had gereden, verzocht hij om een afdruk van de foto die door de snelheidscamera was gemaakt.¹²⁶⁷ Er zou tenslotte ook sprake kunnen zijn van *joy-riding*.

De Franse regeling vereiste dat bij een verzoek om een afdruk van de foto verschillende documenten werden meegestuurd: leesbare kopieën van het kentekenbewijs van de auto, het identiteitsbewijs van de kentekenhouder en een kopie van de kennisgeving van de overtreding.¹²⁶⁸ De officier van justitie stelde vast dat de kopieën van het kentekenbewijs, het identiteitsbewijs en de beschikking ontbraken.¹²⁶⁹ Célice weigerde de documenten nogmaals op te sturen, omdat de officier die documenten volgens hem al in zijn bezit zou moeten hebben als gevolg van alle documenten die hij had moeten meesturen met het '*formulaire de requête en exonération (art. 529-10 et R. 49-14 du code de procédure pénale)*'.

Op 3 september 2008 besloot de officier van justitie vanwege het ontbreken van de vereiste documenten tot het afwijzen van het verzoek. Als grond voor de weigering stelde hij dat een expliciete betwisting van de overtreding ontbrak:

'[L]'officier du ministère public informa le requérant du rejet de sa demande en ces termes:

« (...) Suite au courrier que vous m'avez fait parvenir, je vous informe du rejet de votre demande en raison du non respect des règles prévues par l'article 529-10 du code de procédure pénale.

*Le motif de rejet est: Demande de cliché sans contestation explicite de l'infraction.'*¹²⁷⁰

Een consequentie van deze afwijzing was dat conform art. 49-18 van de Code de Procédure Pénale de borgsom werd beschouwd als de betaling van de boete:

¹²⁶⁷ Daarnaast beriep Célice zich op (verschoonbare) feitelijke dwaling. Volgens hem was de snelheidsmeter van een auto uit 1975 niet zo geavanceerd dat daarop een verschil van 1 km/u af te lezen was. Dit verweer speelt in de procedure verder geen rol.

¹²⁶⁸ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 9: '*Le formulaire ajoute que, pour obtenir une copie du cliché pris par un appareil de contrôle automatisé, il faut envoyer une demande écrite impérativement accompagnée d'une photocopie lisible de la carte grise du véhicule concerné, [d']une photocopie lisible d'une pièce d'identité avec photographie, et [d']une photocopie lisible de l'avis de contravention.*'

¹²⁶⁹ EHRM, 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 11.

¹²⁷⁰ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 12.

‘[L]a somme versée est considérée comme un paiement de l’amende forfaitaire ou de l’amende forfaitaire majorée, sous réserve que ce montant corresponde à celui de l’amende due.’¹²⁷¹

De betaling van de boete leidde ertoe dat het het Ministerie van Binnenlandse Zaken Célice op 21 november 2008 erover informeerde dat op grond van de betaling van de boete de overtreding was vastgesteld en dat ten gevolge van die overtreding één punt van zijn rijbewijs was afgetrokken.

‘[L]e ministère de l’Intérieur informa le requérant que la réalité de l’infraction qui lui était reprochée avait été établie par le paiement de l’amende forfaitaire et qu’en conséquence, un point serait retiré sur son permis de conduire.’¹²⁷²

De procedure was daarmee volledig afgedaan: de betaling van de boete en de aftrek van de punten waren directe consequenties van de afwijzende beslissing van de officier van justitie. Tegen die afwijzing kon Célice geen beroep bij een rechter instellen.

Célice klaagde in Straatsburg over schending van zijn recht op toegang tot de rechter dat art. 6 EVRM impliceert. Naar aanleiding van deze klacht overwoog het Hof dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut was en dat beperkingen, mits proportioneel en om legitieme redenen, waren toegestaan.¹²⁷³ Een regeling waarbij de officier van justitie bevoegd was om verzoeken zoals dat van Célice op hun ontvankelijkheid en gegrondheid te beoordelen, was op zichzelf niet in strijd met art. 6 EVRM, zo stelde het Hof.

In dit geval lag het echter anders, nu de officier de grenzen van zijn bevoegdheden had overschreden.¹²⁷⁴ Een directe consequentie van de beslissing van de officier van justitie was dat de borgsom als betaling van de boete werd beschouwd, waardoor het

¹²⁷¹ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 12.

¹²⁷² EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 15.

¹²⁷³ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) § 33.

¹²⁷⁴ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) §34: *‘[Q]u’il ressort de l’article 530-1 du code de procédure pénale que, chargé de vérifier les conditions de recevabilité des requêtes en exonération, l’officier du ministère public, a trois possibilités : soit renoncer à l’exercice des poursuites, soit saisir la juridiction compétente, soit, lorsque la requête n’est pas motivée ou n’est pas accompagnée de l’avis, aviser l’intéressé de son irrecevabilité. (...)’En l’espèce, il a considéré que la requête était irrecevable au motif qu’il s’agissait d’une « demande de cliché sans contestation explicite de l’infraction » (...). Or, d’une part, il résulte de ce qui précède que ce motif est erroné, le requérant ayant clairement indiqué dans le formulaire prévu à cet effet contester l’infraction qui lui était reprochée, et précisé ses motifs dans la lettre accompagnant comme il se doit sa requête en exonération (...). Il apparaît en outre – le Gouvernement le concède – qu’en portant cette appréciation, l’officier du ministère public, dont le pouvoir d’appréciation se limite à l’examen de la recevabilité formelle de la contestation, a excédé ses pouvoirs.’*

niet meer mogelijk was om beroep in te stellen bij de rechter. Het Hof concludeerde dat het recht op een eerlijk proces was geschonden, doordat Célice de toegang tot de rechter – als gevolg van de automatische inning van de boete – was ontzegd. Daardoor waren de zaak noch zijn verweren door een rechter beoordeeld en dat was in strijd met art. 6 EVRM:

*‘Ainsi, nonobstant la contestation du requérant, l’amende était payée et l’action publique était éteinte, sans qu’un « tribunal », au sens de l’article 6 § 1 de la Convention, ait examiné le fondement de l’« accusation » dirigée contre lui et entendu ses arguments relatifs à celle-ci.*¹²⁷⁵

Anders dan bijvoorbeeld de Engelse regeling of, in extreme mate, de Duitse regeling, was de Franse regeling er niet op gericht de bestuurder te achterhalen. Een systeem dat zodanig in elkaar zit dat voor een burger grote belemmeringen worden opgeworpen om de bestuurder te achterhalen en hij daarnaast niet in staat wordt gesteld om de kwestie aan een rechter voor te leggen, gaat naar het oordeel van het Hof te ver.

5.7. Afsluitende opmerkingen naar aanleiding van de kentekenaansprakelijkheid in relatie tot het EVRM

Uit de besproken regelingen voor de aansprakelijkheid van de door een onbekende bestuurder begane verkeersovertredingen blijkt dat er in de kern twee typen regelingen zijn. Of een systeem is erop gericht de bestuurder te achterhalen en te bestraffen, of het systeem richt zich op het opsporen en bestraffen van de verantwoordelijke voor het voertuig, de kentekenhouder. Het systeem dat probeert de bestuurder te identificeren kent meestal twee grondslagen voor aansprakelijkheid. Ten behoeve van de aansprakelijkheid van de bestuurder werkt het systeem met een plicht tot het bekend maken van de bestuurder. Daarnaast is het niet bekend maken van de bestuurder afzonderlijk strafbaar gesteld. Dit is het geval in het Verenigd Koninkrijk en in Oostenrijk. De Duitse regeling lijkt een extremere variant van deze regeling.¹²⁷⁶ In plaats van het strafbaar stellen van het niet bekend maken van de bestuurder, wordt de voorkant van de auto gefotografeerd, zodat de bestuurder herkenbaar in beeld komt. Aan de hand van het aldus verkregen beeldmateriaal kan de bestuurder worden geïdentificeerd.

¹²⁷⁵ EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk) §34.

¹²⁷⁶ Een minder vergaande eis voor het bewijs van schuld of een aansprakelijkheid zonder schuldbestanddeel, wordt in Duitsland voor onmogelijk gehouden. Het principe ‘Keine Strafe ohne Schuld’ behoort volgens Brenner ‘zum unabänderlichen Kern der Verfassung’ behoort; M. Brenner, ‘Perspektiven der Halterhaftung in Deutschland nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts’, *Deutsches Autorecht (DAR)* 2010, p. 126-128, met name p. 127.

Het tweede aansprakelijkheidssysteem richt zich (alleen) op het opsporen van degene die verantwoordelijk is voor de overtreding, omdat het zijn voertuig was waarmee de overtreding werd begaan. De vraag wie de bestuurder was die de overtreding heeft begaan, is daardoor niet meer relevant voor de aansprakelijkheid. Degene op wiens naam de auto geregistreerd staat, is aansprakelijk tenzij de wet een grond erkent die de kentekenhouder van zijn verantwoordelijkheid ontslaat. Dat is in de kern de Nederlandse en de Franse regeling.

Het Hof lijkt tegen geen van beide regelingen op basis van het EVRM een fundamenteel bezwaar te hebben. De verdedigingsrechten mogen tot op zekere hoogte worden beperkt, omdat er een groot maatschappelijk belang is bij de handhaving van verkeersregels en het bezit van een auto nu eenmaal een bepaalde verantwoordelijkheid met zich meebrengt. Dat de aansprakelijkheid dan wordt gebaseerd op een meer algemene verantwoordelijkheid of zorgplicht, lijkt bij het Hof dus niet op onoverkomelijke bezwaren te stuiten.

In vergelijking met de regeling van de kentekenaansprakelijkheid in Duitsland, Engeland en Frankrijk is de Nederlandse regeling in de Wahv minder ingrijpend voor de betrokkene. Terwijl in Duitsland kan worden overgegaan tot een huiszoeking, bleek in de zaken van Francis en O'Halloran dat sancties in het Verenigd Koninkrijk verder strekken: daar kan een kentekenhouder niet alleen een boete krijgen, maar kan ook zijn rijbewijs worden ingetrokken of kunnen aan het rijbewijs strafpunten worden toegekend. Daarbij kan ook de kentekenhouder die weigert de bestuurder bekend te maken strafpunten krijgen, terwijl (helemaal) niet zeker is dat hij de overtreding heeft begaan. Deze uitspraken plaatsen de Nederlandse kritiek op de Wahv in verband met het ontbreken van de mogelijkheid van een beroep op avas in een ander licht. Al met al lijkt de Nederlandse regeling minder diep in te grijpen in het privé-leven van de kentekenhouder dan de Duitse regeling en wordt de kentekenhouder minder (zwaar) gestraft doordat de sancties beperkt zijn tot geldboetes.

6. Afsluiting

In de hoofdstukken hiervoor werd steeds vanuit een nationaal (oud-Frans en Nederlands) perspectief gekeken naar de thema's schuld en aansprakelijkheid. Uit die hoofdstukken kwam naar voren dat het schuldbeginsel in de loop der tijd op verschillende manieren werd gerealiseerd. Ten tijde van de Code pénal waren de mogelijkheden om het schuldbeginsel in de aansprakelijkheidsbeslissing tot uitdrukking te brengen zeer beperkt als gevolg van de minimumstraffen, het beperkte aantal van aansprakelijkheid bevrijdende verweren en de juryrechtspraak.

Het Souverein Besluit van 1813 vergrootte de mogelijkheden voor strafvermindering door de introductie van meer algemene verzachtende omstandigheden, de '*passé partouts*'. Deze omstandigheden stelden de rechter meer dan voorheen in staat om het schuldbeginzel in de straf en de strafmaat tot uitdrukking te brengen. In het Wetboek van Strafrecht kreeg die praktijk een wettelijke verankering door een algemene minimumstraf van één dag. Daarnaast kon het schuldbeginzel na 1886 via de subjectieve bestanddelen en de strafuitsluitingsgronden worden gerealiseerd. In 1916 heeft de Hoge Raad aan dat systeem een strafuitsluitingsgrond toegevoegd door de erkenning van avas.

De aldus geschetste ontwikkeling van de ruimte voor het realiseren van het schuldbeginzel binnen het Nederlandse strafrecht laat zien dat de gelijkheden daartoe steeds ruimer werden. In het vorige hoofdstuk, over de kentekenaansprakelijkheid, bleek dat de ruime opvatting van het schuldbeginzel tot problemen leidde bij de handhaving van de verkeersvoorschriften. Daarom koos de wetgever uiteindelijk voor een regeling waarin de aan te voeren verweren waren beperkt. Dat betekende echter niet dat het schuldbeginzel bij die aansprakelijkheid geen rol meer speelde. Behalve via de wettelijke gronden voor straffeloosheid bleek het schuldbeginzel, als een wettelijke grond voor straffeloosheid ontbrak, te worden gerealiseerd via de straftoemeting. Dat een beroep op avas de kentekenhouder niet van zijn aansprakelijkheid bevrijdde, betekende echter wel dat de wetgever de rechter hier minder ruimte liet voor het realiseren van het schuldbeginzel.

Het totstandkomen en introduceren van deze regeling druiste in tegen de daarvoor geschetste ontwikkeling van de steeds ruimer wordende mogelijkheden voor het realiseren van het schuldbeginzel. Terwijl algemeen werd erkend dat de verkeersveiligheid op de Nederlandse wegen gediend was met een efficiënte handhaving van de verkeersvoorschriften, waren verschillende Nederlandse auteurs van mening dat de Nederlandse regeling waarin om redenen van efficiëntie de mogelijkheden voor verweer waren beperkt, in strijd was met het schuldbeginzel en de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Dat het EHRM het niet nodig achtte de klacht van Falk in behandeling te nemen, illustreerde nadrukkelijk dat de Nederlandse benadering van het vraagstuk in de literatuur verschilde van de benadering van het EHRM.

In dit hoofdstuk stond de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de onschuldpresumptie centraal. Het EHRM hanteert, zoals ook bleek uit de besproken arresten, een andere benadering van schuld en aansprakelijkheid dan het nationale recht. Die benadering werpt een ander licht op de thema's die tot op dit moment in het onderzoek centraal hebben gestaan. Zo heeft het EHRM tot op heden geen min of meer algemeen geldende ondergrens aangewezen wat betreft de mate van schuld die vereist is voor aansprakelijkheid. Ook blijkt niet dat het EVRM verplicht tot het

toelaten van bepaalde verweren. Het EHRM stelt wel grenzen. Aansprakelijkheid mag niet worden gebaseerd op aannames die tijdens het strafproces niet meer ter discussie kunnen worden gesteld. Doorgaans maakt het Hof een belangenafweging waarin een redelijke verhouding tussen de relevante belangen centraal staat en voldoende ruimte is voor realisatie van de verdedigingsrechten

Al met al zouden uit de jurisprudentie van het EHRM vijf kernpunten ten aanzien van schuld en aansprakelijkheid kunnen worden afgeleid. Het Hof benadrukt in de eerste plaats dat Verdragsstaten bij de vormgeving van een (strafrechtelijke) aansprakelijkheid een zekere vrijheid genieten (zie onder andere *G. tegen het Verenigd Koninkrijk*). In de tweede plaats mogen feitelijke of juridische vermoedens binnen redelijke grenzen gebruikt worden als basis voor aansprakelijkheid, mits daarbij rekening wordt gehouden met de belangen die op het spel staan en met de verdedigingsrechten (zie bijvoorbeeld *Salabiaku tegen Frankrijk*). Ten derde mag aansprakelijkheid, ook voor ernstige strafbare feiten, gebaseerd worden op toerekening, mits deze gebaseerd is op vaststellingen die de toerekening van dat feit aan de betrokkene kunnen dragen (zie *Haxhishabani tegen Luxemburg*). Ten vierde bleek dat een functionele aansprakelijkheid of een aansprakelijkheid op basis van een zorgplicht onder omstandigheden mag worden gebaseerd op de functionele verantwoordelijkheid en de feitelijke vaststelling dat het strafbare feit heeft plaatsgevonden (zie *Radio France e.a. tegen Frankrijk*). Bij lichte strafbare feiten tot slot mag aansprakelijkheid onder bepaalde randvoorwaarden in eerste instantie gebaseerd worden op nauwelijks te weerleggen vermoedens of feitelijke vaststellingen (zie onder andere *Västberga Taxi A.B. tegen Zweden*). In de slotbeschouwing zal aan de hand van een aantal discussies en ontwikkelingen in het Nederlandse strafrecht op de betekenis van het Europese perspectief worden ingegaan. De net genoemde kernpunten gebruik ik daarbij als houvast.

HOOFDSTUK 8

Slotbeschouwing

1. Hoofdpijnen onderzoek

1.1. Inleiding

In dit onderzoek staat de vraag centraal of er aanleiding is om de Nederlandse benadering van het schuldbeginnel, mede in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, opnieuw te overwegen. Die benadering komt tot uitdrukking in de subjectieve bestanddelen die in de delictomschrijvingen van misdrijven zijn opgenomen, in het beginsel 'geen straf zonder schuld' en de uitwerking daarvan in het stelsel van strafuitsluitingsgronden, in het bijzonder de ongeschreven strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld, en in de regel 'straf naar de mate van schuld'. In het eerste hoofdstuk werd vastgesteld dat de doorwerking van het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht door een aantal auteurs als 'royaal' wordt gekenschetst. Die karakterisering lijkt echter hoofdzakelijk te zijn gebaseerd op de brede reikwijdte van de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld. De interpretatie van subjectieve bestanddelen bijvoorbeeld, wordt wel eens bekritiseerd omdat die te geobjectiveerd zou zijn.

In dit onderzoek is eerst de historische oorsprong van de Nederlandse benadering van het schuldbeginnel onderzocht. Daarna heb ik specifiek aandacht besteed aan de werking van het schuldbeginnel ten aanzien van de aansprakelijkheid van de kentekenhouder in het verkeersrecht. Vervolgens heb ik rechtspraak van het EHRM besproken waaruit grenzen en eisen aan aansprakelijkheidsconstructies kunnen worden afgeleid. Hierna wordt nagegaan hoe de Nederlandse benadering van het schuldbeginnel en de benadering van het EHRM zich tot elkaar verhouden. De overeenkomsten en de verschillen worden in paragraaf 2 verkend aan de hand van enkele hedendaagse en tijdloze discussies in het Nederlandse strafrecht. Daarna wordt in paragraaf 3 nader ingegaan op de onschuldpresumptie en verkeersovertredingen, waarna ik in paragraaf 4 terug zal komen op de vraag of de strafuitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld in het Wetboek van Strafrecht gecodificeerd zou moeten worden.

Voorafgaand aan deze vergelijking en verkenning zal ik in de eerste paragraaf de hoofdlijnen van het voorgaande kort samenvatten. In paragraaf 1.2 wordt de ontwikkeling van het schuldbeginssel in het strafrecht van Frankrijk en Nederland besproken; in paragraaf 1.3 de ontwikkeling van de kentekenaansprakelijkheid; en in paragraaf 1.4 de betekenis van de onschuldpresumptie voor het schuldbeginssel.

1.2. Ontwikkeling van het schuldbeginssel in het strafrecht van Frankrijk en Nederland

Om meer zicht te krijgen op de schuld als basis voor straf, heb ik in hoofdstuk 2 tot en met 5 gekeken naar de verschillende manieren waarop het schuldbeginssel in de loop der tijd tot uitdrukking werd gebracht binnen het (op dat moment geldende) wettelijke kader. Eerste werd stil gestaan bij het Wetboek van Strafrecht dat van 1811 tot 1886 in Nederland gold: de Franse Code pénal uit 1810. Dit wetboek kwam voort uit een maatschappelijke ontwikkeling waarin het realiseren van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor alle Franse burgers voorop stond. Een gevolg van dit streven was dat de rechter weinig (manoeuvree)ruimte kreeg. Door juryrechtspraak, minimumstraffen en de bepaling dat de straf alleen verminderd kon worden als daar een wettelijke grond voor was (art. 65 CP), werd de rechter beperkt in zijn mogelijkheden om in zijn uitspraak rekening te houden met de schuld van de veroordeelde.¹²⁷⁷

De Code pénal kende drie soorten strafbare feiten: *crimes*, *délits* en *contraventions*. Bij de vervolging voor *crimes* (misdrijven) bepaalde een lekenjury of de verdachte *coupable* was, dus schuld had aan datgene waarvan hij beschuldigd werd. Van invloed op de beslissing van de jury was niet alleen het bewijs, maar ook de wijze waarop de vraag over de *culpabilité* was geformuleerd. Hoewel dat niet altijd even duidelijk bleek, omvatte schuld in de zin van *culpabilité* meer dan alleen een feitelijke vaststelling van daderschap; voor de vaststelling van *culpabilité* was ook een bepaalde *intention* vereist.

In de Franse doctrine werd aangenomen dat een strafbaar feit bestond uit *materialité* en *moralité*.¹²⁷⁸ De aanzet daartoe werd gegeven door Barris. Andere auteurs, zoals Merlin, werkten de verhouding tussen beide elementen verder uit. Merlin kwam tot de conclusie dat in bepaalde feiten(complexen) de *intention* besloten lag, omdat die feiten zonder die *intention* niet tot stand konden komen. Door de feiten te bewijzen, kon in dat geval ook de *intention* bewezen worden, concludeerde

¹²⁷⁷ Art. 65 CP luidde: 'Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse.'

¹²⁷⁸ Zie Hoofdstuk 3, par. 4.1.1.

Dalloz. Dit sloot aan bij de formulering van het overgrote deel van de strafbare feiten in de Code pénal: de *délits* en de *contraventions*. Bij deze strafbare feiten werd de *intention* uit de (strafbare) gedraging(en) van de verdachte afgeleid.

Voor Nederland was het Franse strafrecht van belang omdat het de eerste strafrechtscodificatie was die voor langere tijd in heel Nederland gold. Na het vertrek van de Fransen in 1813 bleef de Franse strafwet namelijk 'voorlopig' van kracht. Willem I wijzigde het strafrecht op een aantal punten door middel van Souvereine Besluiten, waarvan het Besluit van 11 december 1813 (Gesel- en worgbesluit) het meest bekende is. Hoewel in aangepaste vorm, gold in Nederland na 1813 nog steeds de Franse strafwet en bleven dus ook de Franse literatuur en jurisprudentie van belang voor de Nederlandse negentiende-eeuwse strafrechtspraktijk. Wel gold na 1838 een Nederlands Wetboek van Strafvordering, maar dit was op veel punten een kopie van de Code d'instruction criminelle 1808.

De belangrijkste wijzigingen die Willem I aanbracht, stonden in het eerder genoemde Souverein Besluit van 11 december 1813. Dit Besluit leidde ertoe dat het strafstelsel werd gewijzigd: de mogelijkheden voor de rechter om de straf te matigen werden verruimd en de juryrechtspraak werd afgeschaft. Met name de verruiming van de mogelijkheden om de straf te verminderen door het toevoegen van algemene strafverminderende omstandigheden, later ook '*passe partouts*' genoemd, bleek voor de Nederlandse strafrechtspraktijk van groot belang.¹²⁷⁹ Via deze omstandigheden werd de rechter in staat gesteld de omstandigheden van het geval en de persoon van de dader, buiten het kader van de Code pénal om, te laten meewegen bij het bepalen van de hoogte van de straf.

De in hoofdstuk 4 besproken rechtspraak gaf een indruk van de wijze waarop de Nederlandse strafrechter met de Franse strafwetgeving omging. Waar het Souverein Besluit van 11 december 1813 of een andere wet niet afweek van de Code pénal, volgde hij de Franse jurisprudentie. En ook waar de Code pénal niet van toepassing was, bood het kader dat daarin was neergelegd soms uitkomst. De belastingwet die centraal stond in het Zakje zout-arrest kende de leeftijd niet als aansprakelijkheidsluitende grond. Toch ging de achtjarige verdachte vrijuit, omdat de Hoge Raad concludeerde dat een achtjarig kind op grond van de algemene beginselen van strafrecht niet strafbaar kon zijn.

Het Souverein Besluit van 11 december 1813 creëerde ruimte voor de Nederlandse rechtsovertuiging om zich via de toepassing van het Nederlandse strafrecht in de praktijk te manifesteren en te ontwikkelen, zo stelde Pols.¹²⁸⁰ Volgens hem vond die ontwikkeling zowel ondanks als dankzij het Franse wetboek plaats: toen de Code

¹²⁷⁹ Pols 1879, p. 31, zie ook Hoofdstuk 4, par. 2.2 e.v.

¹²⁸⁰ Pols 1789, p. 29 e.v., zie ook Hoofdstuk 4, par. 2.2.

pénal niet meer een afspiegeling was van de rechtsovertuiging van het volk, werd de heersende rechtsovertuiging een (op zichzelf staande) rechtsbron die naast en soms boven de wet stond.¹²⁸¹ In de praktijk kon zo een situatie ontstaan waarin de uiterste minimumstraf één dag gevangenisstraf bedroeg en de rechter veel vrijheid had bij het bepalen van de hoogte van de straf.

In de negentiende-eeuwse Nederlandse strafrechtspraktijk werd het schuldbeginsel daarmee door enkele beslissingen van de wet-/besluitgever en ontwikkelingen in de jurisprudentie en de doctrine in steeds ruimere mate verwezenlijkt. In de loop der jaren is in Nederland een eigen, typisch Nederlandse manier van het toepassen van de Code pénal ontstaan.

De invoering van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht in 1886 betekende op veel punten een breuk met het Franse strafrecht van de negentiende eeuw. Anders dan het Franse wetboek ging het Nederlandse wetboek uit van twee categorieën strafbare feiten: misdrijven en overtredingen. Bij de misdrijven nam de wetgever steeds opzet of schuld als bestanddeel in de delictsomschrijving op, bij de overtredingen werden de termen opzet en schuld juist vermeden. Anders dan onder de Code pénal werden strafuitsluitingsgronden van toepassing verklaard op alle strafbare feiten, dus ook op de overtredingen. Bij de strafuitsluitingsgronden liet de wetgever de rechter bovendien een ruime(re) beoordelingsmarge; art. 40 Sr is daar een voorbeeld van. De minimale gevangenisstraf werd verlaagd naar één dag en de minimale geldboete bedroeg f 0,50. Dit waren de algemene minimumstraffen voor zowel misdrijven als overtredingen.¹²⁸²

In vergelijking met de situatie van voor de invoering van het Wetboek van Strafrecht, kon het schuldbeginsel daarna in ruimere mate worden gerealiseerd. Bij de misdrijven verliep dat in de eerste plaats via de bestanddelen opzet en schuld. Door steeds opzet of schuld in de delictsomschrijvingen op te nemen, kreeg het schuldbeginsel hier 'vaste vorm': de drempel voor aansprakelijkheid werd vastgelegd doordat *intention* niet langer verondersteld werd aanwezig te zijn, maar bewezen moest worden dat de verdachte met het in de wet omschreven opzet respectievelijk de in de wet omschreven onvoorzichtigheid had gehandeld. Bij alle strafbare feiten werd de rechter meer beoordelingsruimte en flexibiliteit geboden door algemene strafuitsluitingsgronden en de algemene, uniforme minimumstraf.

Hoewel het Nederlandse Wetboek van Strafrecht op veel punten verschilde van de Code pénal, was het Nederlandse wetboek tot op zekere hoogte wel een voortzetting van de negentiende-eeuwse Nederlandse praktijk. De ruime strafverminderinggronden bijvoorbeeld, die koning Willem I had ingevoerd

¹²⁸¹ Pols 1879, p. 32.

¹²⁸² Zie hiervoor Hoofdstuk 5, par. 2.2.4.

via het Souverein Besluit, leidden in de praktijk tot een minimum van één dag gevangenisstraf. De wetgever van 1886 sloot daarbij aan door (ook) te kiezen voor ruim geformuleerde strafuitsluitingsgronden en een uniforme minimumstraf van één dag.

Ongeveer vijftig jaar later betoogde Pompe tijdens een Vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging en daarna ook in zijn handboek dat het Nederlandse strafrecht een schuldstrafrecht was. Dit bleek volgens hem duidelijk uit de wet, ook al was het schuldbeginsel niet met zoveel woorden in de strafwet opgenomen.¹²⁸³ De positie van het schuldbeginsel bij overtredingen was kort na het in werking treden van het Wetboek van Strafrecht minder duidelijk. Anders dan bij de misdrijven het geval was, bevatten de delictsomschrijvingen van overtredingen geen subjectief bestanddeel. De strafbaarheid van een overtreding werd bepaald door de leer van het materiële feit; het bewijs van feiten waaruit de objectieve bestanddelen van de overtreding voortvloeiden was bepalend voor de aansprakelijkheid. Van der Vliet en Simons verzetten zich tegen de leer van het materiële feit. Het door Simons bepleite alternatief was een stelsel waarin bij elk strafbaar feit het bewijs van schuld noodzakelijk was, dus ook bij overtredingen.

In het Water en melk-arrest uit 1916 sprak de Hoge Raad zich uit over het schuldvereiste bij overtredingen. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat bij afwezigheid van alle schuld ook bij een overtreding straffeloosheid moest volgen:

‘dat toch niets, bepaaldelijk niet de geschiedenis van het Wetb. van Strafr., er toe dwingt om aan te nemen, dat bij het niet-vermelden van schuld als element in de omschrijving van een strafbaar feit, in het bijzonder van een overtreding, onze wetgever het stelsel huldigt, dat bij gebleken afwezigheid van alle schuld niettemin strafbaarheid zou moeten worden aangenomen, tenzij er een grond tot uitsluiting daarvan in de wet mocht zijn aangewezen; dat om deze tegen het rechtsgevoel en het — ook in ons strafrecht gehuldigde — beginsel ‘geen straf zonder schuld’ indruischende leer te aanvaarden, de noodzakelijkheid daarvan uitdrukkelijk uit de omschrijving van het strafbare feit zou moeten volgen, hetgeen ten deze niet het geval is;’¹²⁸⁴

Nu de geschiedenis van het wetboek daar niet aan in de weg zou staan, meende de Hoge Raad dat het rechtsgevoel kon worden gevolgd en het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ toegepast moest worden. De knecht behoorde straffeloos te zijn,

¹²⁸³ Pompe 1935, p. 74-75, vgl. Pompe 1959, p. 151.

¹²⁸⁴ HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 861, W 9958, m.nt. Simons (Water en melk), zie ook Hoofdstuk 5, par. 3.3.

omdat hij zonder dat te weten of te kunnen weten, met water aangelengde melk had afgeleverd.

Uit arresten van na 1916 blijkt dat de koers die was uitgezet door de Hoge Raad niet aansloot bij de wijze waarop Simons en andere auteurs het schuldvereiste bij overtredingen wilden realiseren. Dat leidde tot een heroriëntatie op de plaats van schuld bij overtredingen. Een belangrijke rol in dat proces speelde het preadvies van Vrij voor de NJV in 1930. Met een systematische aanpak van het thema 'geen straf zonder schuld' bracht hij de ontwikkeling van het schuldbeginsel van de Franse tijd tot 1930 in beeld. Vrij onderzocht welke schuld bij overtredingen geëist kon worden en hoe dit schuldvereiste het beste kon worden ingepast in het wettelijk systeem en de structuur van het strafbare feit. Ten behoeve van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid stelde hij voor om de strafuitsluitingsgronden uit te breiden met een bepaling voor verschoonbare feitelijke dwaling en een bepaling voor verschoonbare rechtsdwaling. Pompe was geen voorstander van codificatie. Tijdens de NJV-vergadering over het preadvies van Vrij verdedigde hij het standpunt dat niet alles in de wet behoefde te worden uitgedrukt.

De strafuitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' kreeg in de loop van de twintigste eeuw in de rechtspraak een steeds ruimer bereik. Naast de verschoonbare feitelijke dwaling werd in 1949 de verschoonbare rechtsdwaling erkend, in 1964 de verschoonbare onmacht en in 1993 de maximaal te vergen zorg als grond voor afwezigheid van alle schuld. Ook kwam er meer helderheid over de eisen die de rechter stelde aan het aanvaarden van een beroep op afwezigheid van alle schuld. Niet alleen in de rechtspraak, ook in de literatuur werd de ontwikkeling van de strafuitsluitingsgrond avas breed gedragen.

1.3. Ontwikkeling van de kentekenaansprakelijkheid

Bij de figuur van de kentekenaansprakelijkheid, de aansprakelijkheid van de kentekenhouders voor overtredingen begaan met zijn voertuig door een onbekend gebleven bestuurder, ontstond spanning tussen het schuldbeginsel enerzijds en het belang van handhaving van de verkeersregels ten behoeve van de (verkeers) veiligheid anderzijds. De vraag of de kentekenhouders zich van aansprakelijkheid kon bevrijden als de overtreding niet door hemzelf, maar door een ander is begaan met zijn voertuig, speelde in 1931 al in het Dordrechtsche Autobusdienst-arrest.¹²⁸⁵ In die zaak stond vast dat de kentekenhouders, een rechtspersoon, de overtreding niet begaan had, maar kon de kentekenhouders ook niet bekend maken wie de overtreding wel had begaan. Er waren namelijk op dezelfde tijd en plaats twee autobussen van

¹²⁸⁵ HR 19 oktober 1931, W 12401 m.nt. Vrij, NJ 1932, p. 765 m.nt. Pompe (Dordrechtsche Autobusdienst), zie Hoofdstuk 6, par. 3.1.

de Dordrechtsche Autobusdienst geweest. Dat plaatste de rechter voor een dilemma, omdat uit art. 32 van de Motor- en Rijwielwet (MRW) bleek dat de kentekenhouder op gelijke wijze als de bestuurder aansprakelijk was voor de verkeersovertreding, tenzij hij de bestuurder bekend maakte. Daarnaast was in het tweede lid van art. 32 MRW een strafuitsluitingsgrond opgenomen, luidende:

‘Het bepaalde bij het eerste lid geldt niet, indien door den eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk wordt gemaakt, dat van het rijtuig tegen zijn wil gebruik is gemaakt en dat hij dit gebruik niet heeft kunnen beletten’.¹²⁸⁶

Van gebruik tegen de wil van de verdachte, de werkgever van de buschauffeurs, leek geen sprake. Daardoor moest de rechter beslissen of er naast de wettelijke strafuitsluitingsgrond van art. 32 lid 2 ruimte was voor een beroep op andere strafuitsluitingsgronden, zoals avas. Nu de wetgever een beroep op avas niet uitdrukkelijk had uitgesloten, aanvaardde de Hoge Raad dat de verdachte op grond van avas kon worden ontslagen van alle rechtsvervolging.¹²⁸⁷

De kentekenaansprakelijkheid in de MRW kon volgens Vrij het beste verklaard worden door te veronderstellen dat de kentekenhouder – voor zover hij niet zelf de bestuurder was geweest – aansprakelijk was op grond van *culpa in eligendo*. Zijns inziens vormde de beslissing om een ander met de auto te laten rijden de basis voor diens aansprakelijkheid. Pompe zag dat anders en meende dat het niet bekend maken van de bestuurder de grondslag was voor de aansprakelijkheid van de kentekenhouder. Die benadering kon echter niet verklaren waarom de hoogte van de straf afhankelijk was van de overtreding die de bestuurder had begaan.

Toen de MRW werd vervangen door de WVV kwam de kentekenaansprakelijkheid in art. 40 terecht. Een verschil met art. 32 MRW was dat de wetgever de woorden ‘slechts dan’ toevoegde aan het tweede lid. Algemeen werd aangenomen dat de wetgever met deze toevoeging wilde benadrukken dat de kentekenhouder zich alleen nog kon disculperen door de bestuurder bekend te maken of door aannemelijk te maken dat de auto tegen zijn wil gebruikt was (art. 40 lid 2 WVV).¹²⁸⁸ Ook de Hoge Raad oordeelde dat de toevoeging van de woorden ‘slechts dan’ in het tweede lid was bedoeld om andere gronden voor straffeloosheid van de kentekenhouder dan de gronden genoemd in art. 40 lid 2 uit te sluiten.

¹²⁸⁶ Zie Hoofdstuk 6, par. 2.2 (MRW).

¹²⁸⁷ Zie Hoofdstuk 6, par. 3.1 en 3.2 (Dordrechtsche Autobusdienst).

¹²⁸⁸ Het tweede lid van art. 40 WVV kwam te luiden: ‘Het bepaalde bij het eerste lid geldt slechts dan niet, wanneer door den eigenaar of houder van het motorrijtuig aannemelijk wordt gemaakt, dat van dat rijtuig tegen zijn wil is gebruik gemaakt en dat hij dit gebruik redelijkerwijze niet heeft kunnen beletten.’ Zie verder Hoofdstuk 6, par. 4.1.1.

Naar aanleiding van de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot art. 40 WVV stelden (ook) Enschedé in een annotatie en Langemeijer in een conclusie dat het niet bekend maken van de bestuurder de grondslag moest zijn voor de aansprakelijkheid van de kentekenhouder.¹²⁸⁹ In het arrest dat volgde op de conclusie van Langemeijer overwoog de Hoge Raad dat de kentekenhouder aansprakelijk was op basis van de op hem rustende plicht ervoor te zorgen 'dat met dat motorrijtuig geen overtredingen van verkeersvoorschriften worden begaan welke bij gebreke van een bekende dader onbestraft blijven'.¹²⁹⁰

Rommelink, Enschedé, Langemeijer en Bronkhorst hebben betoogd dat de kentekenaansprakelijkheid van art. 40 WVV in strijd zou kunnen zijn met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM, omdat art. 40 WVV kon leiden tot aansprakelijkheid van de kentekenhouder in strijd met het schuldbeginsel. Deze twijfels waren aanleiding voor de wetgever om in 1974 art. 40 WVV aan te passen.¹²⁹¹ In de nieuwe bepaling werd niet langer de kentekenhouder aangesproken, maar degene die deed of liet rijden met de auto. Deze persoon werd verplicht de identiteit van de bestuurder bekend te maken. Doordat niet langer de kentekenhouder, maar degene die deed of liet rijden het aanspreekpunt werd, moest eerst worden vastgesteld wie dat was, voordat van hem het bekendmaken van de bestuurder kon worden gevorderd. Daardoor had men in de praktijk grote moeite met de handhaving van deze bepaling.

De bewijsmoeilijkheden en de handhavingsproblemen die het gevolg waren van art. 40 WVV 1974 waren aanleiding voor een voorstel tot wijziging van art. 40 in 1985. De 'nieuwe' regeling voor strafbare feiten begaan in het verkeer maakte onderscheid tussen verkeersovertredingen en verkeersmisdrijven; bij verkeersovertredingen konden kentekenhouders voortaan eenvoudiger aansprakelijk worden gesteld. De grootste (beleids)wijziging betrof echter het enkele jaren later buiten het strafrecht plaatsen van de aansprakelijkheid voor eenvoudige verkeersovertredingen door de invoering van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv).

In de Wahv werd de ruimte voor het voeren van verweer door de kentekenhouder om doelmatigheidsredenen sterk beperkt. De Wahv kent een limitatief stelsel van gronden voor het uitsluiten van aansprakelijkheid. Uitsluitend het gebruik van de auto tegen de wil van de kentekenhouder (zoals bij joy-riding of diefstal), de verkoop van de auto die nog niet is verwerkt in het kentekenregister en bedrijfsmatige, tijdelijke verhuur van de auto kan de kentekenhouder bevrijden van aansprakelijkheid. Het

¹²⁸⁹ Zie Hoofdstuk 6, par. 4.1.2 en 4.1.3.

¹²⁹⁰ HR 21 november 1972, NJ 1973, 123, m.nt. Bronkhorst.

¹²⁹¹ Zie nader Hoofdstuk 6, par. 4.2.

verweer dat de kentekenhouders niet de bestuurder was geweest of niet in staat was de bestuurder bekend te maken, leidde daardoor niet meer tot straffeloosheid van de kentekenhouders.

Bij de behandeling van de Wahv in de Tweede Kamer verklaarde de Minister dat de kentekenhouders aansprakelijk was op grond van een 'bestuursrechtelijke risico-aansprakelijkheid'. De achterliggende gedachte was dat de kentekenhouders in beginsel aansprakelijk was voor hetgeen er met zijn auto gebeurde, net als de eigenaar van een dier aansprakelijk is voor de schade die door dat dier wordt aangericht. De onderbouwing van de voorgestelde aansprakelijkheid doet enigszins denken aan de eerder door Vrij verdedigde stelling dat de aansprakelijkheid van de kentekenhouders was gebaseerd op veronderstelde *culpa in eligendo* bij de kentekenhouders.

Ondanks het bestuursrechtelijke 'label' van de boete die aan de kentekenhouders werd opgelegd, meende Corstens dat de boete materieelrechtelijk een strafrechtelijke sanctie was. Daarom betreurde hij het loslaten van het schuldbeginnel op dit punt. Knigge benaderde de kentekenaansprakelijkheid in de Wahv iets anders. Hij constateerde dat er door de boete sprake was van een straf. Het opleggen van een straf veronderstelt een verwijt. Het enige verwijt dat de kentekenhouders echter kan worden gemaakt, is dat hij een ander met zijn auto heeft laten rijden. Dat vond Knigge geen strafrechtelijk relevant verwijt. Terwijl Vrij eerder had gesteld dat de aansprakelijkheid van de kentekenhouders verklaard kon worden door aan te nemen dat die was gebaseerd op *culpa in eligendo*, en hij dat een toereikende grondslag voor aansprakelijkheid vond, meende Knigge dat het uitlenen van een auto *an sich* een twijfelachtige basis voor (strafrechtelijke) aansprakelijkheid was.

1.4. De betekenis van de onschuldpresumptie voor het schuldbeginnel

Het schuldbeginnel vindt tot op zekere hoogte steun in de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM.¹²⁹² Net als het schuldbeginnel beoogt de onschuldpresumptie degene die verdacht wordt van een strafbaar feit te beschermen tegen een willekeurige of ongerechtvaardigde bestraffing.¹²⁹³ In dit onderzoek zijn met name de aspecten van de onschuldpresumptie besproken die raakvlakken hebben of overlappen met het schuldbeginnel.

Uit de arresten die in hoofdstuk 7 zijn behandeld, kwam naar voren dat de onschuldpresumptie grenzen kent en dat het Hof een maatstaf heeft geformuleerd voor het gebruik van (schuld)vermoedens. Hierna komen eerst de uitspraken aan

¹²⁹² Vgl. Keiler 2013, p. 28-29. Zie ook bijvoorbeeld De Hullu 2012, p. 205 en Keijzer 1987, p. 251-253.

¹²⁹³ Keijzer 1987, p. 245 e.v.

de orde waarin grenzen van de onschuldpresumptie werden geformuleerd, daarna bespreek ik de ontwikkeling van de maatstaf voor het gebruik van schuldvermoedens.

In de zaak G. tegen het Verenigd Koninkrijk concludeerde het Hof dat de onschuldpresumptie niet werd geraakt door de wijze waarop de aansprakelijkheid van G. tot stand was gekomen. Daarmee stelde het Hof een grens aan de werkingssfeer van de onschuldpresumptie. In deze zaak draaide het eigenlijk om de vraag of een Verdragsstaat een delict zo mag formuleren dat bepaalde verweren niet succesvol gevoerd kunnen worden. G. was veroordeeld voor seks met een meisje dat jonger dan dertien jaar was. In Engeland was een beroep op (verschoonbare) dwaling (*reasonable belief*) met betrekking tot de leeftijd van het slachtoffer van verkrachting niet mogelijk.¹²⁹⁴ Voor aansprakelijkheid was niet vereist dat vast stond dat de dader wist hoe oud het slachtoffer was, noch dat hij de leeftijd van het slachtoffer had moeten beseffen. G. was dus aansprakelijk, ondanks dat hij beweerde te hebben gedwaald omtrent de leeftijd van het slachtoffer.

Bij de beoordeling van de klacht van G. over zijn beperkte mogelijkheden voor verweer stelde het EHRM allereerst vast dat de bewijslast bij de vervolgende instantie lag. Alle bestanddelen van het delict waren door de vervolgende instantie bewezen. Geen van de bestanddelen had echter betrekking op de mate waarin de dader zich bewust was of had moeten zijn van de leeftijd van het slachtoffer. Dat G. geen succesvol beroep kon doen op *reasonable belief*, omdat de Engelse wetgever dit verweer niet had toegelaten, beperkte G. in zijn verdedigingsmogelijkheden. Dit deed er niet aan af dat G. met betrekking tot alle andere onderdelen van het delict in het proces volop de mogelijkheid was geboden zijn verdedigingsrechten uit te oefenen. Naar aanleiding van zijn klacht over schending van de onschuldpresumptie oordeelde het EHRM dat de beperking van de mogelijkheden voor verweer niet leidde tot een schending van de onschuldpresumptie.

Voor het EHRM staat steeds centraal hoe de rechter in een concreet geval tot de vaststelling van (strafrechtelijke) aansprakelijkheid komt. Beperkte mogelijkheden voor verweer in combinatie met een strikte interpretatie van die mogelijkheden kunnen wel leiden tot een schending van de onschuldpresumptie. Dat was het geval in Klouvi tegen Frankrijk. Klouvi werd vervolgd voor het doen van een valse aangifte, nadat de onderzoeksrechter de vervolging op basis van haar aangifte had gestaakt ('*non lieu*') wegens gebrek aan bewijs. De Code pénal bepaalde met zoveel woorden dat een aangifte ten onrecht, dus valselijk (in de zin van '*la fausseté des faits*') was gedaan als die aangifte leidde tot een vrijspraak, een ontslag van alle rechtsvervolging of een beslissing tot niet verdere vervolging. In de Franse jurisprudentie werd

¹²⁹⁴ EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G tegen het Verenigd Koninkrijk), zie ook Hoofdstuk 7, par. 4.2.4.

bovendien aangenomen dat de aangever van een ‘valse’ aangifte, dus een aangifte die niet tot een veroordeling had geleid, opzettelijk een valse aangifte had gedaan. Die combinatie van vermoedens leidde ertoe dat Klouvi's aansprakelijkheid voor het doen van een valse aangifte in feite al vast stond voordat de zaak ter zitting door de rechter was behandeld. Klouvi's mogelijkheden voor verweer waren zo beperkt dat sprake was van een schending van de onschuldpresumptie.

In de toetsing door het EHRM staat, als gezegd, centraal hoe de rechter in een concreet geval tot de vaststelling van aansprakelijkheid is gekomen. Daarbij speelt ook de wettelijke vormgeving van die aansprakelijkheid een rol, zo bleek in Goktepe tegen België.

Goktepe werd vervolgd voor diefstal met doodslag, waarbij de doodslag werd gepleegd om die diefstal te vergemakkelijken.¹²⁹⁵ De doodslag vormde een objectieve, strafverzwarende omstandigheid in de delictsomschrijving van deze vorm van diefstal.¹²⁹⁶ Goktepe had samen met twee anderen een beroving uitgevoerd waarbij een slachtoffer om het leven was gekomen of om het leven was gebracht door een van de mededaders van Goktepe. Samen met deze mededaders stond Goktepe terecht voor diefstal, gepaard aan doodslag om die diefstal te vergemakkelijken. Goktepe ontkende elke betrokkenheid bij de doodslag. Aan de jury werd echter alleen in het algemeen gevraagd of ook de bijkomende omstandigheid dat er naast diefstal sprake was van doodslag, bewezen was. De jury antwoordde bevestigend, maar dat antwoord gaf – door de algemene vraagstelling – geen uitsluitel over de rol van Goktepe bij de doodslag. De jury was niet gevraagd naar de individuele aansprakelijkheid van de verschillende medeplegers. Op basis van de antwoorden van de jury werd Goktepe veroordeeld voor diefstal met dodelijke afloop (art. 475 Belgische Code pénal). Ondanks zijn ontkenning van betrokkenheid bij de doodslag werd hij, net als de andere twee verdachten, veroordeeld tot 30 jaar gevangenisstraf. Goktepe klaagde naar aanleiding van deze veroordeling bij het EHRM over schending van art. 6 (lid 2) EVRM. Doordat de wijze waarop de vraag over de doodslag aan de jury werd gesteld, in het midden liet of de doodslag ook aan Goktepe persoonlijk toegerekend kon worden, concludeerde het Europese Hof dat de onschuldpresumptie en het recht op een eerlijk proces waren geschonden.

Ook in Krumpholz tegen Oostenrijk stond de wijze waarop de rechter in het concrete geval op basis van een wettelijke constructie tot aansprakelijkheid kwam centraal. Krumpholz had zijn auto uitgeleend aan een groep vrienden. Een van hen maakt een snelheidsovertreding. Op grond van de Oostenrijkse wet werd de

¹²⁹⁵ EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen België). Art. 475 van de Belgische Code Pénal. Het delict kan worden bestraft met een levenslange gevangenisstraf.

¹²⁹⁶ De Nauw 2010, p. 327, zie nader Hoofdstuk 7, par. 4.2.5.

kentekenhouder, Krumpholz dus, benaderd om de bestuurder bekend te maken. Krumpholz wist naar eigen zeggen niet (meer) wie de bestuurder was geweest op het moment van de overtreding. Daarom verklaarde hij in de eerste plaats dat hijzelf de bestuurder niet was geweest en daarnaast dat hij niet bekend kon maken wie de bestuurder wel was geweest. Op grond van deze verklaring werd volgens vaste praktijk in Oostenrijk aangenomen dat de kentekenhouder de bestuurder was geweest. Het EHRM constateerde dat deze redenering er in dit geval toe leidde dat Krumpholz zijn onschuld diende te bewijzen en dat was in strijd met de onschuldpresumptie. In dit geval leidden de gevolgen die in Oostenrijk werden verbonden aan de verklaring van Krumpholz tot een schending van de onschuldpresumptie. Hoewel de verkeersovertreding in Krumpholz tegen Oostenrijk van heel andere orde was dan de diefstal met dodelijke afloop waarvoor Goktepe werd vervolgd, leidden beide klachten tot veroordelingen wegens schending van de onschuldpresumptie en het recht op een eerlijk proces, omdat fundamentele basisprincipes van het recht op een eerlijk proces waren geschonden.

In een aantal andere arresten van het EHRM toetste het Hof aan de in Salabiaku tegen Frankrijk ontwikkelde maatstaf of de wijze waarop strafrechtelijke aansprakelijkheid was vastgesteld, toelaatbaar was in het licht van de onschuldpresumptie. In Salabiaku tegen Frankrijk stond het vermoeden centraal dat de eigenaar van een koffer op de hoogte is (en eigenaar is) van de inhoud van zijn koffer. Salabiaku werd op grond hiervan geacht de eigenaar te zijn van de drugs die werden gevonden in de koffer die hij bij zich had. Salabiaku beriep zich op verschoonbare dwaling (*'unavoidable mistake'*), maar dit verweer slaagde niet. Bij het EHRM klaagde Salabiaku dat de onschuldpresumptie was geschonden, omdat zijn aansprakelijkheid was gebaseerd op een (onweerlegbaar) vermoeden. Het EHRM formuleerde hier voor het eerst in algemene bewoordingen een maatstaf voor het gebruik van vermoedens als basis voor (strafrechtelijke) aansprakelijkheid:

*'It [art. 6-2 EVRM] requires States to confine them [presumptions of fact or of law provided for in the criminal law] within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.'*¹²⁹⁷

Later bestempelde het Hof deze afweging als het bepalen van de proportionaliteit tussen de middelen die worden ingezet, zoals een beperking van de mogelijkheden voor verweer, en het doel dat met de (efficiënte) aansprakelijkheidsconstructie werd nagestreefd:

¹²⁹⁷ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (Salabiaku tegen Frankrijk) § 28.

*‘Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.’*¹²⁹⁸

Het Hof past dus een proportionaliteitstoets toe waarbij het kijkt naar de onderlinge verhouding tussen de relevante belangen. Daarbij wijst het Hof op twee belangen die het in elk geval als relevant beschouwt: de *importance of what is at stake* (in het Frans: *l’gravité de l’enjeu*) en de *rights of the defence*. Door de formulering van de maatstraf zou de indruk kunnen ontstaan dat het gaat om twee belangen die tegen elkaar afgewogen dienen te worden: de *importance of what is at stake* versus de *rights of the defence*.

Die indruk wordt ook versterkt door de uitspraak in *Radio France e.a. tegen Frankrijk*. Hier lijkt het Hof de *importance of what is at stake* zo in te kleuren dat het algemeen belang van een deugdelijke berichtgeving de aansprakelijkheidsconstructie rechtvaardigt. Deze aansprakelijkheidsconstructie betrof de zorgplicht van de *publishing director* tot het houden van toezicht op de berichtgeving en was gebaseerd op diens functionele verantwoordelijkheid. De *publishing director* van de nieuwszender van Radio France werd op deze basis verantwoordelijk gehouden voor het ten onrechte verspreide nieuwsbericht over de voormalige loco-burgemeester van Parijs. Bijna een dag lang werd enkele keren per uur een bericht voorgelezen waarin ten onrechte werd gesteld dat een voormalige loco-burgemeester van Parijs had samengewerkt met de nazi’s gedurende de Tweede Wereldoorlog. De *publishing director* werd hiervoor aansprakelijk gehouden, omdat hij verantwoordelijk was voor de kwaliteit van de berichtgeving. De onjuiste berichtgeving was aanleiding voor het vermoeden dat hij zijn zorgplicht niet voldoende had nageleefd en dat vermoeden vormde de basis voor zijn aansprakelijkheid. Die grondslag bood echter weinig ruimte voor verweer. Het Hof zag in het feit dat het vermoeden waarop de aansprakelijkheid van de directeur was gebaseerd nagenoeg niet te weerleggen was, echter geen schending van art. 6 lid 2 EVRM. Het merkte daarbij op:

*‘the importance of what was at stake – effectively preventing defamatory or insulting allegations and imputations being disseminated through the media by requiring publishing directors to exercise prior supervision (...)’*¹²⁹⁹

¹²⁹⁸ EHRM 22 juli 2003, 36985/97 (*Västberga Taxi AB e.a. tegen Zweden*) § 113.

¹²⁹⁹ EHRM 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (*Radio France e.a. tegen Frankrijk*), § 24, zie ook EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (*Västberga Taxi AB tegen Zweden*) § 116: *‘In view of what has been stated above, in particular the fact that the relevant rules on tax surcharges provide certain means of defence based on subjective elements and that an efficient system of taxation is*

Het Hof lijkt hier het publieke belang van het effectief voorkomen van de verspreiding van lasterlijke uitspraken via de media te hebben afgewogen tegen de beperking van de verdedigingsmogelijkheden. Ook in *Västberga Taxi AB* tegen Zweden en *Janosevic* tegen Zweden wordt, zo lijkt het, op deze manier een afweging gemaakt. In deze zaken ging het Hof in op een aspect dat van belang is voor de *importance of what is at stake*: de ‘*aims sought to achieve*’. In beide zaken ging het om een conflict met de Zweedse belastingdienst. De klagers waren veroordeeld voor het verstrekken van onvolledige of onnauwkeurige informatie in hun belastingaangiftes. *Västberga Taxi AB*, *Vulic* en *Janosevic* betwistten dat zij opzettelijk onjuiste informatie hadden verstrekt, maar de Zweedse rechter liet de boetes en naheffingen in stand.

Volgens het EHRM stond in deze gevallen het automatisch opleggen van een boete, als werd vastgesteld dat onjuiste informatie was verstrekt, in een redelijke verhouding tot het goed functioneren van het belastingstelsel in het licht van de *importance of what is at stake*. Daarbij achtte het ook van belang dat het om (relatief) ‘lichte’ strafbare feiten ging. Ook in *Falk* tegen Nederland is behalve het doel van de strafbepaling bepalend voor de *importance of what is at stake* dat de mogelijke sanctie beperkt is tot een geldboete en dat de verdachte een aantal verweren kan voeren.¹³⁰⁰ Ook in deze zaken lijkt de *importance of what is at stake* te worden bepaald door een algemeen belang dat gebaat is bij de aansprakelijkheidsconstructie.

De ogenschijnlijke tegenstelling van de *importance of what is at stake* versus de *rights of the defence* lijkt niet de enige manier waarop de maatstaf van het Hof kan worden uitgelegd. De veronderstelde tegenstelling tussen de *importance of what is at stake* en de *rights of the defence* lijkt bovendien niet aan te sluiten bij de benadering van het Hof in een aantal arresten waar voor de verdachte een ingrijpende vrijheidsstraf op het spel stond. Ook een ingrijpende vrijheidsstraf zou gerekend kunnen worden tot de belangen die op het spel staan en bovendien een argument kunnen zijn om de verdachte alle ruimte te geven zijn verdedigingsrechten te hebben kunnen uitoefenen. Die andere benadering van de maatstaf van het Hof zou ten grondslag kunnen liggen aan de uitspraken in *Goktepe* tegen België en *Haxhishabani* tegen Luxemburg. In deze uitspraken herhaalde het Hof die maatstaf zoals het die heeft geformuleerd in *Salabiaku* tegen Frankrijk:

important to the State's financial interests, the Court considers that the presumptions applied in Swedish law with regard to surcharges are confined within reasonable limits.

¹³⁰⁰ EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (*Falk* tegen Nederland), zie Hoofdstuk 7, par. 5.2.

*'It [art. 6-2] requires States to confine them [presumptions of fact or of law] within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.'*¹³⁰¹

Vervolgens maakte het Hof echter geen belangenafweging zoals die eerder in *Radio France e.a. tegen Frankrijk* bijvoorbeeld wel werd gemaakt. De invulling van de *importance of what is at stake* wordt door het Hof in deze zaken niet geëxpliciteerd. Van een afweging tussen de belangen die op het spel staan en de mate waarin de verdachte zijn verdedigingsrechten kon uitoefenen, lijkt geen sprake. In plaats daarvan benadrukte het Hof de wijze waarop de verdachten in staat waren gesteld hun verdedigingsrechten uit te oefenen. De mate waarin Goktepe zijn verdedigingsrechten kon uitoefenen, was naar het oordeel van het Hof zodanig beperkt, dat geen sprake meer was van een eerlijk proces. In *Haxhishabani tegen Luxemburg* benadrukte het Hof juist het belang van die verdedigingsrechten door uitgebreid te omschrijven op welke manieren de verdediging in de gelegenheid was gesteld om de verdedigingsrechten uit te oefenen.¹³⁰² Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het Hof de *importance of what is at stake* bij ernstige strafbare feiten anders invult. Daarbij zou een ingrijpende (vrijheids)straf een argument kunnen zijn dat ertoe leidt dat de *importance of what is at stake* niet wordt afgewogen tegen de *rights of the defence*, omdat in dat geval die twee belangen juist in elkaars verlengde zijn komen te liggen. Een ingrijpende straf zou dus een argument kunnen zijn voor versterking van de verdedigingsrechten.

Ten slotte bleek ook dat inbreuken op andere door het EVRM gewaarborgde rechten niet per definitie gerechtvaardigd zijn. Met name niet wanneer de gemaakte inbreuk ingrijpend is en plaatsvindt in het kader van de opsporing van een relatief licht strafbaar feit, zo oordeelde het Hof in *Buck tegen Duitsland*. Dat de doorzoeking van de woning van Buck noodzakelijk was om te kunnen bewijzen dat de zoon van Buck de bestuurder was geweest die de verkeersovertreding had begaan, deed daaraan niet af. Het opsporingsmiddel dat was ingezet om te kunnen bewijzen wie de dader van een relatief lichte verkeersovertreding was geweest, was volgens het EHRM niet proportioneel gelet op de ingrijpende inbreuk die het gebruik van dit opsporingsmiddel maakte op het privé- en familielevens van de betrokkene.

¹³⁰¹ EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83 (*Salabiaku tegen Frankrijk*), § 28. Vgl. EHRM, 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (*Haxhishabani tegen Luxemburg*) §38.

¹³⁰² Vgl. EHRM, 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (*Haxhishabani tegen Luxemburg*) § 39-40 en EHRM, 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (*Goktepe tegen België*), § 29-30 en 34.

2. Enkele punten uit de jurisprudentie over de onschuldpresumptie

2.1. Overzicht punten

Uit de jurisprudentie van het EHRM kunnen, zo bleek aan het einde van het vorige hoofdstuk, vijf punten worden afgeleid die relevant zijn voor het schuldbeginsel:

- A Staten hebben een zekere vrijheid bij het vormgeven van (strafrechtelijke) aansprakelijkheid. Verontschuldigbare dwaling ten aanzien van bestanddelen van het strafbare feit hoeft niet altijd grond voor straffeloosheid te zijn;
- B Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor feiten en omstandigheden mag *within reasonable limits* worden gebaseerd op *presumptions of fact or of law*. Deze grenzen moeten rekening houden met *the importance of what is at stake* en *the rights of the defence*;
- C Strafrechtelijke aansprakelijkheid voor ernstige strafbare feiten moet berusten op vaststellingen die het toerekenen van deze feiten aan de betrokkene kunnen dragen. Daarbij is van belang welke rol de betrokkene heeft vervuld in de gebeurtenissen waar het al dan niet toe te rekenen feit deel van uitmaakt (*importance of what is at stake*, hier met name voor de verdachte).
- D Een functionele aansprakelijkheid mag worden gegrond op de feitelijke vaststelling dat het strafbare feit heeft plaatsgevonden. De verantwoordelijkheid dat moet worden gezorgd dat een strafbare situatie wordt voorkomen kan, in combinatie met de constatering van de strafbare situatie, de basis voor aansprakelijkheid vormen (*importance of what is at stake, aims sought to achieve*).
- E Bij lichte strafbare feiten mag strafrechtelijke aansprakelijkheid in sommige gevallen op niet of nauwelijks weerlegbare vermoedens en vaststellingen worden gebaseerd. Daarbij mag het belang van een effectieve handhaving in de afweging worden betrokken (*importance of what is at stake, aims sought to achieve*, hier met name wetshandhaving). Bij lichte strafbare feiten moet bovendien worden afgewogen hoe het onderzoek ten behoeve van het vaststellen van strafrechtelijke aansprakelijkheid zich verhoudt tot schendingen van andere door het EVRM gewaarborgde rechten, als de opsporing van de schuldige inbreuken op andere rechten noodzakelijk maakt (*importance of what is at stake*, hier met name voor de verdachte).

Deze punten vormen het uitgangspunt voor een vergelijking tussen de jurisprudentie van het EHRM en enkele discussies en ontwikkelingen in het Nederlandse recht. In dat kader komen hierna achtereenvolgens aan de orde: de ruimte en de bewijsstandaard voor avas bij bepaalde zedendelicten, het bewijs van voorbedachte raad, de zorgplicht van de ouder voor naleving van de leerplicht door zijn kind en het opzetvereiste bij medeplegen.

2.2. De mogelijkheid van een succesvol beroep op avas bij zedendelicten

In een arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1951 dat bekend staat als *één* van de Leeftijdsarresten, was de verdachte veroordeeld voor de ontuchtige handelingen en het seksueel contact dat hij had gehad met twee minderjarige meisjes. Hij voerde aan in de veronderstelling te hebben verkeerd dat de meisjes meerderjarig waren. Dat waren de meisjes echter niet. De verdachte werd vervolgd op grond van de artt. 245 en 247 Sr. Deze bepalingen luiden destijds:

Art. 245 Sr

Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met eene vrouw die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren. Vervolging heeft, buiten de gevallen van artikel 248 en 249, niet plaats dan op klachte.

Art. 247 Sr

Hij die met iemand van wien hij weet dat hij in staat van bewusteloosheid of onmacht verkeert of met iemand beneden den leeftijd van zestien jaren ontuchtige handelingen pleegt of laatstgemelden tot het plegen of dulden van zoodanige handingen of, buiten echt, van vleeschelijke gemeenschap met een derde verleidt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren.

Ter zitting betoogde de verdachte dat hem het niet weten van de werkelijke leeftijd van de meisjes niet verweten kon worden, omdat de meisjes zich ouder hadden voorgedaan:

‘[D]at evengemelde getuigen er uitzien als vrouwen, die de leeftijd van zestien jaar reeds een of meer jaren zijn gepasseerd, en dat deze getuigen, voordat verd. de bewezenverklaarde feiten pleegde, desgevraagd een hogere leeftijd dan vijftien jaar hebben opgegeven.’¹³⁰³

De casus van dit Leeftijdsarrest lijkt erg op de casus in *G. tegen het Verenigd Koninkrijk*. *G.* werd vervolgd ter zake van art. 5 van de Sexual Offences Act.¹³⁰⁴ Net als de Nederlandse verdachte beweerde *G.* dat hij in de veronderstelling had verkeerd dat het meisje ouder was dan ze werkelijk was. Terwijl de Nederlandse verdachte zich beriep op avas vanwege (verschoonbare) feitelijke dwaling, beweerde

¹³⁰³ HR 20 januari 1959, NJ 1959, 102 m.nt Pompe (Leeftijdsarresten).

¹³⁰⁴ EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (*G. tegen het Verenigd Koninkrijk*) § 16, zie ook hiervoor Hoofdstuk 7, par. 4.2.4.

G. dat hij het ‘*reasonably belief*’ had gehad dat het meisje ouder was dan ze werkelijk was.

De Hoge Raad benaderde het beroep op (verschoonbare) dwaling omtrent de leeftijd van het slachtoffer anders dan de Engelse (en Straatsburgse) rechters. Hij overwoog dat de verdachte ook in deze zaak en met betrekking tot dit delict een beroep kon doen op afwezigheid van alle schuld, omdat uit het delict niet kan worden afgeleid dat dit verweer op grond van het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ uitgesloten zou zijn:

‘dat de bewezenverklaarde misdrijven, strafbaar gesteld bij de artt. 245 en 247 Sr., blijkens de wettelijke omschrijving niet tot element hebben opzet of schuld met betrekking tot den leeftijd van de(n)gene, met wie(n) de dader vleselijke gemeenschap heeft dan wel ontuchtige handelingen pleegt, doch uit deze omschrijving niet kan worden afgeleid, dat ten aanzien van deze strafbare feiten de toepasselijkheid van het in ons strafrecht gehuldigde beginsel ‘geen straf zonder schuld’ zou zijn uitgesloten;

dat dan ook den verd., die aanvoert in dwaling te hebben verkeerd ten aanzien van den leeftijd, vermeld in de evengenoemde artikelen, het beroep op afwezigheid van alle schuld met betrekking tot die dwaling niet kan worden ontzegd.’¹³⁰⁵

De Hoge Raad stelde voorop dat het voeren van een avas-verweer niet op voorhand was uitgesloten. De vraag of dat verweer kans van slagen had, is een andere kwestie. Voor het beoordelen van het verweer hechtte de Hoge Raad grote waarde aan het doel van de strafbepaling: bescherming van de jeugdige (ook tegen zichzelf):

‘[D]at evenwel de vraag, of bij den dader van een strafbaar feit alle schuld in strafrechtelijken zin afwezig is, beantwoord moet worden in verband met den aard en de strekking van de strafbepaling, welker overtreding den verd. verweten wordt;

dat voor wat de artt. 245 en 247 Sr. betreft uit de wettelijke omschrijving van die bepalingen blijkt, dat daarmee is beoogd personen beneden den leeftijd van zestien jaren ten aanzien van misdrijven tegen de zeden een zo doeltreffend mogelijke strafrechtelijke bescherming te doen geworden;

dat hieruit volgt, dat deze bepalingen ook de strekking hebben deze jeugdige personen te beschermen tegen verleiding, die mede van hen zelf kan uitgaan; dat blijkens het bestreden arrest req. zijn beroep op afwezigheid van alle schuld heeft gestaafd met de bewering, dat de getuigen d. J. en S. er uitzien als vrouwen,

¹³⁰⁵ HR 20 januari 1959, NJ 1959, 102 m.nt Pompe (Leeftijdarresten).

die den leeftijd van zestien jaar reeds een of meer jaren zijn gepasseerd, en dat deze getuigen, voordat hij de bewezenverklaarde feiten pleegde, desgevraagd een hogeren leeftijd dan vijftien jaar hebben opgegeven;
 dat, gelet op de bescherming welke als voormeld bepaaldelijk art. 245 Sr. beoogt te geven aan een vrouw, die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt, het doel van deze strafbepaling zou worden gemist, indien een verweer als hoger weergegeven haar toepassing zou vermogen uit te sluiten;
 dat derhalve, wat er zij van de in het aangevallen arrest vervatte overwegingen, het Hof ten aanzien van de strafbaarheid van req. tot een juiste beslissing is gekomen, welke vruchteloos door de voorgedragen middelen wordt bestreden¹³⁰⁶

Het doel van de strafbepaling lijkt hier aan het (kunnen) slagen van een beroep op verschoonbare feitelijke dwaling in de weg te staan.¹³⁰⁷ Het cassatieberoep werd daarom verworpen.

De Engelse rechters redeneerden anders dan de Hoge Raad in de Leeftijd sarresten. In de Engelse zaak werd G.'s verweer met betrekking tot de leeftijd van het meisje als niet relevant beschouwd. Strafbaar was het hebben van seks met een kind jonger dan 13 jaar. Wat de dader dacht dat de leeftijd van het kind was, deed voor het totstandkomen van het delict niet ter zake:

*'[T]hat the offence under section 5 of the 2003 Act was committed by a person having vaginal, anal or oral sexual intercourse with a victim under 13, whether or not the victim consented and regardless of whether the defendant reasonably believed that the child was 13 or over.'*¹³⁰⁸

Verschoonbare dwaling of *reasonable belief* met betrekking tot de leeftijd van het slachtoffer kon volgens het *House of Lords* geen verweer zijn, omdat het doel van de strafbepaling daaraan in de weg stond. Dit doel was, net als bij de Nederlandse bepaling, het beschermen van de jeugdige:

'It is important to stress that the object is not only to protect such children from predatory adult paedophiles but also to protect them from premature sexual activity of all kinds. They are protected in two ways: first, by the fact that it is irrelevant whether or not they want or appear to want it; and secondly, by the fact that in the

¹³⁰⁶ HR 20 januari 1959, NJ 1959, 102 m.nt Pompe (Leeftijd sarresten).

¹³⁰⁷ Vgl. Gritter 2003, p. 148.

¹³⁰⁸ EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G tegen het Verenigd Koninkrijk) §10.

*case of children under 13 it is irrelevant whether or not the possessor of the penis in question knows the age of the child he is penetrating.*¹³⁰⁹

De Engelse rechter stelde dus met zoveel woorden dat het wel of niet weten van de leeftijd van het slachtoffer ‘irrelevant’ was.

In G. tegen het Verenigd Koninkrijk en in de Leeftijdsarresten hing de reden voor het niet slagen van het beroep op dwaling dus samen met het doel van de strafbepaling: het beschermen van de jeugdige. Nederland en het Verenigd Koninkrijk kiezen evenwel voor een andere benadering. In het Nederlandse strafrecht kon een beroep op het ontbreken van schuld volgens de Hoge Raad niet worden uitgesloten. Het Engelse recht kent geen algemene strafuitsluitingsgrond (*‘general defense’*) vergelijkbaar met avas in Nederland.¹³¹⁰ De Engelse wetgever heeft er kennelijk voor gekozen om verschoonbare dwaling omtrent de leeftijd van het slachtoffer niet in de wet op te nemen als een grond voor straffeloosheid. Dat schept helderheid met betrekking tot de kans van slagen van een beroep op verschoonbare dwaling ten aanzien van de leeftijd van het slachtoffer. Het EHRM blijkt in G. tegen het Verenigd Koninkrijk geen bezwaar te hebben tegen het uitsluiten van vormen van dwaling als strafuitsluitingsgrond bij een strafrechtelijke aansprakelijkheidsvorm.

Had de Hoge Raad in retrospectief een andere uitspraak kunnen doen in de leeftijdsarresten? Op grond van het EVRM was een andere uitspraak inderdaad mogelijk geweest. De uitspraak van de Hoge Raad is een uitvloeisel van de algemene geldigheid van avas als schulduitsluitingsgrond, die op zijn beurt kan worden gezien als een uitvloeisel van de in Nederland gangbare, ruime opvatting van het schuldbeginsel.¹³¹¹ De Nederlandse benadering van het schuldbeginsel leidt ertoe dat hier in beginsel meer ruimte voor verweer bestaat dan op grond van het EVRM strikt noodzakelijk lijkt. Maar of de nadruk op de mogelijkheid een avas-verweer te voeren in de Nederlandse benadering zoals die spreekt uit de Leeftijdsarresten de rechten van de verdachte beter waarborgt? Dat is mijns inziens nog maar de vraag. Doorslaggevend voor de verwerping van het avas-verweer in de Leeftijdsarresten lijkt tenslotte het doel van de strafbepaling:

¹³⁰⁹ Baroness Hale, House of Lords, 18 juni 2008, G v R [2008] UKHL 37 in EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G tegen het Verenigd Koninkrijk), § 13-14.

¹³¹⁰ Ashworth 2011, p. 541 e.v.

¹³¹¹ Vgl. Schalken in zijn annotatie bij EHRM, 30 augustus 2011 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk) NJ 2012/469 m.nt. Schalken: ‘De (...) beschouwing [van het EHRM], die het nut van enig schuldverweer in de zin van verwijtbaarheid lijkt uit te sluiten, getuigt niet en past niet in de Nederlandse stijl van rechtspreken.’ Zie de annotatie voor het ERHC van ook Ten Voorde bij hetzelfde arrest; EHRC 2011/167.

‘dat, gelet op de bescherming welke als voormeld bepaaldelijk art. 245 Sr. beoogt te geven aan een vrouw, die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt, het doel van deze strafbepaling zou worden gemist, indien een verweer als hoger weergegeven haar toepassing zou vermogen uit te sluiten’¹³¹²

Per saldo leidt de Nederlandse benadering daarmee waarschijnlijk tot een vergelijkbaar resultaat als de Engelse benadering.¹³¹³ Maakt het dan wel zoveel verschil of de verdachte een beroep op avas met betrekking tot de leeftijd van het slachtoffer kan doen? Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat de vraag of de dader verweten kan worden dat hij de werkelijke leeftijd van het slachtoffer niet kende, in het licht van het doel van de strafbepaling nagenoeg niet ter zake doet.

2.3. Het bewijs van voorbedachte raad

Tot een paar jaar geleden kon voorbedachte raad aangenomen worden door te bewijzen dat de verdachte enige gelegenheid tot nadenken had gehad. Deze objectieve benadering was vaste rechtspraak sinds een uitspraak van de Hoge Raad van 27 juni 2000 (Voodoo).¹³¹⁴ In die zaak stond een verdachte terecht voor moord en poging tot moord. Hij had zijn twee kinderen meerdere keren met een mes gestoken, waardoor een van de kinderen was overleden. Namens de verdachte werd gesteld dat hij onder invloed van voodoo had gehandeld. Door de voodoo zou bij de verdachte sprake zijn geweest van een tijdelijke stoornis van zijn geestvermogens en daarom deed de verdediging een beroep op ontoerekeningsvatbaarheid en/of psychische overmacht. De tijdelijke stoornis van de geestvermogens van de verdachte betekende volgens de verdediging dat de voor moord vereiste voorbedachte raad niet bewezen kon worden. De Hoge Raad wees die stelling echter nadrukkelijk van de hand. Voor het bewijs van voorbedachte raad was voldoende dat werd vastgesteld dat de verdachte gelegenheid had gehad om zich de consequenties van zijn handelen te realiseren, zo overwoog hij:

‘Voor de in de toelichting op het middel vervatte stelling dat van voorbedachte raad slechts sprake is als de verdachte zich rekenschap heeft gegeven van de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad, is in zijn algemeenheid

¹³¹² HR 20 januari 1959, NJ 1959, 102 m.nt Pompe (Leeftijdarresten).

¹³¹³ Anders Ten Voorde die stelt dat de overwegingen van het EHRM bevreemden, ‘omdat uit de Salabiaku-rechtspraak kan worden afgeleid dat het Hof het belang van een schulditsluitend verweer juist benadrukt in gevallen waarin van een aansprakelijkheidsvermoeden wordt uitgegaan’; EHRM, 30 augustus 2011 (G. tegen het Verenigd Koninkrijk), EHRC 2011/167 m.nt. Ten Voorde.

¹³¹⁴ HR 27 juni 2000, NJ 2000, 605 (Voodoo).

geen steun te vinden in het recht. Voldoende is dat verdachte tijd had zich te beraden op het te nemen of het genomen besluit, zodat de gelegenheid heeft bestaan dat hij over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad heeft nagedacht en zich daarvan rekenschap heeft gegeven.¹³¹⁵

Sinds deze uitspraak was het vaste rechtspraak dat voorbedachte raad kon worden bewezen aan de hand van de vaststelling dat de verdachte gelegenheid had gehad zich rekenschap te geven van de gevolgen van zijn daden. Op basis van deze jurisprudentie werd het bewijs van voorbedachte raad afgeleid uit een objectief feit, namelijk dat de verdachte tijd, en dus gelegenheid, had gehad tot beraad.¹³¹⁶

Een paar jaar geleden heeft de Hoge Raad de eisen aan het bewijs van voorbedachte raad aangescherpt. Dit gebeurde naar aanleiding van een uitspraak van de militaire kamer van het Hof Arnhem van 2 juni 2010 (Militair met rambo-mes).¹³¹⁷ Het Hof sprak de verdachte vrij van de primair tenlaste gelegde poging tot moord. Deze verdachte, een militair, was met vrienden op stap geweest en had daarbij veel gedronken. Het kwam op de weg naar huis tot een confrontatie met de latere slachtoffers. Een van de latere slachtoffers sloeg de verdachte met een fles op zijn hoofd. Ook dreigde een van de latere slachtoffers dat hij de verdachte de volgende keer zou neerschieten. De verdachte rende daarop naar zijn auto, die vijftig meter verderop stond, en haalde een rambo-mes. Met dit mes stak hij het slachtoffer neer. Hij verklaarde later dat hij door de opmerking over het schieten overmand werd door emoties. Volgens getuigen leek de verdachte na het voorval in shock en maakte hij een verwaasde indruk. Het hof concludeerde dat het, ondanks het tijdsbestek waarin hij had kunnen nadenken, niet aannemelijk was dat de verdachte met voorbedachte raad had gehandeld:

‘Gelet op de feitelijke omstandigheden in de onderhavige zaak acht het hof aannemelijk dat er sprake was van een dermate doorlopende drift bij verdachte als gevolg van de eerste confrontatie met [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2], waarbij verdachte een klap op zijn hoofd, boven zijn oog, kreeg met een fles en waarbij verdachte een hevig bloedende wond opliep, dat dit aan kalm beraad en rustig overleg in de weg stond.’¹³¹⁸

¹³¹⁵ HR 27 juni 2000, NJ 2000, 605 (Voodoo).

¹³¹⁶ Vgl. Vellinga & Vellinga-Schootstra 2013, p. 295-296. Het betreft hier, volgens hen, een ontwikkeling met betrekking tot het bewijs van voorbedachte raad, niet de inhoud van de voorbedachte raad. Idem De Jong 2013, p. 207-208. Op p. 209 concludeert hij echter dat de Hoge Raad ‘dus de oorspronkelijke kern van de voorbedachte raad’ weer heeft opgezocht en ‘daarmee dit wetsbegrip voldoende inhoud heeft teruggegeven’.

¹³¹⁷ HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2342 (Militair met rambo-mes).

¹³¹⁸ Hof Arnhem in conclusie A-G Hofstee (ECLI:NL:PHR:2012:BR2342) bij HR 28 februari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BR2342 (Militair met rambo-mes).

Het Openbaar Ministerie ging tegen de partiële vrijspraak in cassatie en wees daarbij op de vaste rechtspraak van de Hoge Raad sinds het Voodoo-arrest dat de feitelijke vaststelling dat de verdachte gelegenheid had gehad tot nadenken, voldoende was voor het bewijs van voorbedachte raad. Die tijd en gelegenheid tot nadenken bestond in casu echter uit een tijdsbestek dat volgens de verschillende getuigenverklaringen tussen de 10 seconden en één minuut lag.

De Hoge Raad greep het cassatiemiddel aan om de vaste jurisprudentie met betrekking tot voorbedachte raad te nuanceren:

‘Bij de vraag of sprake is van voorbedachte raad gaat het bij uitstek om een weging en waardering van de omstandigheden van het concrete geval door de rechter, waarbij deze het gewicht moet bepalen van de aanwijzingen die voor of tegen het bewezen verklaren van voorbedachte raad pleiten. De vaststelling dat de verdachte voldoende tijd had om zich te beraden op het te nemen of het genomen besluit vormt weliswaar een belangrijke objectieve aanwijzing dat met voorbedachte raad is gehandeld, maar behoeft de rechter niet ervan te weerhouden aan contra-indicaties een zwaarder gewicht toe te kennen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de omstandigheid dat de besluitvorming en uitvoering in plotselinge hevige drift plaatsvinden, dat slechts sprake is van een korte tijdspanne tussen besluit en uitvoering of dat de gelegenheid tot beraad eerst tijdens de uitvoering van het besluit ontstaat. Zo kunnen bepaalde omstandigheden (of een samenstel daarvan) de rechter uiteindelijk tot het oordeel brengen dat de verdachte in het gegeven geval niet met voorbedachte raad heeft gehandeld.’¹³¹⁹

Door contra-indicaties kan het vermoeden worden ontkracht dat de verdachte met voorbedachte raad heeft gehandeld hoewel hij, gezien het tijdsbestek, gelegenheid tot nadenken had gehad.

Zoals gezegd werd sinds het Voodoo-arrest uit 2000 over voorbedachte raad beslist aan de hand van een, in verhouding, sterk objectief criterium. In het bovenstaande arrest ‘Militair met rambo-mes’ lijkt de Hoge Raad enigszins op te schuiven richting een meer subjectieve benadering waarbij de vraag of de verdachte de gelegenheid ook heeft benut om na te denken door de introductie van contra-indicaties meer centraal komt te staan. Deze koerswijziging hangt volgens de Hoge Raad samen met de eisen die aan het bewijs van het bestanddeel ‘voorbedachte raad’ zouden moeten worden gesteld, omdat dat bestanddeel leidt tot een aanmerkelijke strafverzwarende: terwijl doodslag een strafmaximum kent van 15 jaar gevangenisstraf, kan voor moord een levenslange gevangenisstraf worden opgelegd:

¹³¹⁹ HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2342 (Militair met rambo-mes).

‘Het in enkele delictsomschrijvingen voorkomende bestanddeel met ‘voorbedachten rade’ – (...) – heeft tot gevolg dat in vergelijking met delicten waarin dat bestanddeel niet is opgenomen, het wettelijk strafmaximum aanzienlijk wordt verzwaaard. (...) Mede met het oog op het hierboven aangeduide strafverzwarende gevolg dat dit bestanddeel heeft, moeten - anders dan wel uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad wordt afgeleid - aan de vaststelling dat de voor voorbedachte raad vereiste gelegenheid heeft bestaan, bepaaldelijk eisen worden gesteld en dient de rechter, in het bijzonder indien de voorbedachte raad niet rechtstreeks uit de bewijsmiddelen volgt, daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht te geven.’¹³²⁰

In een uitspraak van 15 oktober 2013 (Twee messteken) gaat de Hoge Raad in op de achtergrond van de aanscherping van de motiveringseisen bij de voorbedachte raad in het Militair met rambo-mes-arrest uit 2012.¹³²¹ Aan de uitspraak van 15 oktober 2013 ligt de volgende casus ten grondslag. Rond 3 uur ’s ochtends kwam de verdachte samen met een kalende man de snackbar van het latere slachtoffer binnen. De verdachte ging aan een tafeltje zitten en zou iets in het Turks tegen zijn metgezel hebben gezegd, terwijl hij naar het slachtoffer keek. Volgens het slachtoffer maakte de verdachte een opmerking over zijn moeder in de trant van ‘ik neuk je moeder’ of iets dergelijks. Het slachtoffer reageerde daarop en zou tegen de verdachte gezegd hebben dat hij ‘alles tegen mij mocht zeggen, maar niets over mijn moeder.’¹³²² Uit de beelden van de beveiligingscamera’s van de snackbar blijkt dat er een discussie met veel handgebaren ontstond tussen de verdachte en het slachtoffer. Het slachtoffer kwam daarbij achter de toonbank vandaan, en heeft de verdachte verzocht de snackbar te verlaten. Er volgde een soort ‘duwen en trekken’ waarbij de kalende man en een vierde man probeerden de verdachte en het slachtoffer bij elkaar vandaan te trekken. Ondertussen ging de discussie tussen de verdachte en het slachtoffer door en bleef de verdachte, zo staat omschreven in het proces-verbaal, het slachtoffer opzoeken. De verdachte haalde een vissersmes tevoorschijn, knipte het uit en stak het slachtoffer in de hals met een zwaai om of over de vierde man heen die tussen de verdachte en het slachtoffer in stond. De verdachte werd daarna door de kalende man en de vierde persoon richting de toegangsdeur gewerkt, bij het slachtoffer vandaan, terwijl hij nog steeds het mes vasthield. De verdachte bleef even rustig in de hoek bij de deur staan, maar liep vervolgens (opnieuw), met het mes achter zijn rug, langzaam op het slachtoffer af en haalde nogmaals uit met het

¹³²⁰ HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2342 (Militair met rambo-mes).

¹³²¹ HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963 (Twee messteken).

¹³²² Blijkens zijn verklaring, die is gebruikt voor het bewijs; HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963 (Twee messteken).

mes. Het slachtoffer wist de steekbeweging af te weren door het mes uit de hand van de verdachte te slaan. Uit de beelden van de beveiligingscamera's blijkt dat het tevoorschijn halen van het mes door de verdachte gebeurde om 03.08.26 uur. De eerste steekbeweging was om 03.08.27 uur en de tweede steekbeweging om 03.09.17 uur.¹³²³ Tussen het tevoorschijn halen van het mes en de tweede steekbeweging was dus nog geen minuut verstreken.

De verdachte werd vervolgd en in hoger beroep veroordeeld voor poging tot moord. De raadvrouw van verdachte had echter betoogd dat haar cliënt mogelijk dronken was op de bewuste avond. Volgens haar zou deze staat van dronkenschap bij haar cliënt aan een koele, berekenende zwaai met het mes en dus aan het bewijs van voorbedachte raad in de weg staan. Ook zou verdachte niet met 'snode plannen' de snackbar zijn binnen gegaan. Het Hof overwoog met betrekking tot de voorbedachte raad:

'De eerste steekbeweging.

Anders dan de advocaat-generaal is het hof met de rechtbank van oordeel dat onvoldoende wettig en overtuigend bewijs voorhanden is dat de verdachte de eerste keer dat hij met zijn mes naar de verdachte stak heeft gehandeld met voorbedachte raad. Naar het oordeel van het hof heeft de verdachte op dat moment in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling gestoken.

De tweede steekbeweging.

Anders dan de rechtbank is het hof echter met de advocaat-generaal van oordeel dat de verdachte ten tijde van het tweede steekincident - dat ongeveer 50 seconden na het eerste steekincident plaatsvond - wel met voorbedachte raad heeft gehandeld. Gelet op de tijdspanne die is gelegen tussen het moment waarop de verdachte [betrokkene 1] met het mes in de hals heeft gestoken en het moment dat hij voor de tweede keer [betrokkene 1] met het mes in zijn hals probeerde te steken, heeft de verdachte tijd gehad om zich te beraden op het te nemen of genomen besluit om [betrokkene 1] nogmaals met het mes te steken en zich rekenschap te geven van de gevolgen van zijn daad. De verdachte heeft voorts gestoken nadat hij zelf - vanuit een situatie waarin het, zij het kortdurend, rustig was en hij alleen stond - op [betrokkene 1] is afgelopen, waarna hij vrijwel direct heeft gestoken, zodat hij naar het oordeel van het hof niet heeft gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling. Onder genoemde omstandigheden is het hof van oordeel dat de verdachte met

¹³²³ Tijdsaanduiding staat zo in het arrest op basis van het proces-verbaal dat is gemaakt aan de hand van de video van de bewakingscamera. In verband met het korte tijdsbestek zijn naast uren en minuten ook de seconden weergegeven.

voorbodachte raad heeft gehandeld toen hij [betrokkene 1] voor de tweede keer probeerde te steken.¹³²⁴

In cassatie staat de vraag centraal of de tweede steekbeweging is uitgevoerd met voorbodachte raad. Van belang daarbij is dat er 50 seconden lagen tussen de eerste en de tweede steekbeweging. In lijn met de vaste jurisprudentie sinds het arrest uit 2000 over het bewijs van voorbodachte raad, heeft het Hof Den Haag de 50 seconden tussen de eerste en de tweede steekbeweging aangemerkt als gelegenheid tot beraad en op basis daarvan voorbodachte raad bewezen verklaard.

De Hoge Raad oordeelde echter dat de voorbodachte raad door het Hof onvoldoende was gemotiveerd, in het licht van de aanwezige contra-indicaties, zoals het korte tijdsverloop tussen de eerste en de tweede steekbeweging:

‘Tegen de achtergrond van het voorafgaande heeft het Hof zijn oordeel dat de voorbodachte raad kan worden bewezenverklaard niet toereikend gemotiveerd. Daarbij neemt de Hoge Raad in het bijzonder in aanmerking hetgeen het Hof heeft overwogen met betrekking tot de gelegenheid tot nadenken en het zich rekenschap geven in verband met de in de overwegingen van het Hof vervatte contra-indicaties – in onderling verband en samenhang bezien – (i) dat de verdachte de eerste steek in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling heeft toegebracht en (ii) dat het tweede steekincident korte tijd – ongeveer 50 seconden – daarna plaatsvond.’¹³²⁵

Interessant aan deze uitspraak is dat de consequenties van de ‘nieuwe’ benadering van voorbodachte raad zichtbaar(der) worden. Tot voor kort was een tijdsbestek van 50 seconden voldoende gelegenheid voor het bewijs van voorbodachte raad, maar dat is nu kennelijk in ieder geval minder vanzelfsprekend. Daarnaast gaat de Hoge Raad uitgebreider dan in het Militair met rambo-mes-arrest uit 2012 in op de vereiste motivering van de voorbodachte raad:

‘De achtergrond van het vereiste dat de verdachte de gelegenheid heeft gehad na te denken over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap te geven, is dat ingeval vaststaat dat de verdachte die gelegenheid heeft gehad, het redelijk is aan te nemen dat de verdachte gebruik heeft gemaakt van die gelegenheid en dus daadwerkelijk heeft nagedacht over de betekenis en de gevolgen van zijn voorgenomen daad en zich daarvan rekenschap heeft gegeven (vgl. het overleg en nadenken dat in de wetsgeschiedenis is geplaatst tegenover de ogenblikkelijke gemoedsopwelling).

¹³²⁴ HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963 (Twee messteken).

¹³²⁵ HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963 (Twee messteken).

Dat de verdachte daadwerkelijk heeft nagedacht en zich rekenschap heeft gegeven leent zich immers moeilijk voor strafrechtelijk bewijs, zeker in het geval dat de verklaringen van de verdachte en/of eventuele getuigen geen inzicht geven in hetgeen voor en ten tijde van het begaan van het feit in de verdachte is omgegaan. Of in een dergelijk geval voorbedachte raad bewezen kan worden, hangt dan sterk af van de hierboven bedoelde gelegenheid en van de overige feitelijke omstandigheden van het geval zoals de aard van het feit, de omstandigheden waaronder het is begaan alsmede de gedragingen van de verdachte voor en tijdens het begaan van het feit. Daarbij verdient opmerking dat de enkele omstandigheid dat niet is komen vast te staan dat is gehandeld in een ogenblikkelijke gemoedsopwelling, niet toereikend is om daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat sprake is van voorbedachte raad.¹³²⁶

De Hoge Raad benadrukt in eerste instantie dat het vermoeden van beraad op grond van tijdsverloop het uitgangspunt blijft. In zijn noot bij dit arrest wijst Keulen er op dat de Hoge Raad die redenering in het vervolg van die rechtsoverweging 'min of meer onderuit' haalt, doordat in het vervolg het uitgangspunt lijkt te zijn wat daadwerkelijk in de verdachte is omgegaan. Dat lijkt er, volgens Keulen, eerder op te wijzen dat de Hoge Raad nu 'daadwerkelijk beraad' als uitgangspunt neemt.¹³²⁷ De verandering in benadering verklaart de Hoge Raad door te wijzen op de wetsgeschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, maar dat is, zo stelt Keulen, 'weinig bevredigend': hierdoor zou bij verdachten die eerder zijn veroordeeld wegens moord de indruk kunnen ontstaan 'dat hun veroordeling op een onjuiste lezing van de wet berustte'.¹³²⁸

Op grond van het strafverzwarende gevolg van het bestanddeel 'voorbedachte raad' meent Keulen dat ook steun kan worden gevonden in de jurisprudentie van het EHRM voor de koerswijziging met betrekking tot de voorbedachte raad. Hij wijst daarbij op de uitspraken Goktepe tegen België en Haxhishabani tegen Luxemburg, waar hij uit afleidt dat het EHRM eisen stelt aan de omstandigheden waaronder een strafverzwarende omstandigheid mag worden toegerekend aan een medepleger:

'[H]et lijkt ook geen twijfel dat in *the importance of what is at stake* een sterk argument kan worden gezien om niet alleen bepaaldelijk eisen te stellen aan het bewijs van voorbedachte raad, maar ook (mede in het licht van de bewoordingen en de wetsgeschiedenis van het bestanddeel) te kiezen voor een interpretatie waarin daadwerkelijk beraad het oriëntatiepunt is.'¹³²⁹

¹³²⁶ HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963 (Twee messtekken).

¹³²⁷ HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 156 m.nt. Keulen (Twee messtekken).

¹³²⁸ HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 156 m.nt. Keulen (Twee messtekken).

¹³²⁹ HR 15 oktober 2013, NJ 2014, 156 m.nt. Keulen (Twee messtekken).

Net als Keulen denk ik dat de keuze om niet langer genoeg te nemen met een vermoeden van beraad dat kan worden afgeleid uit een (zeer) kort tijdsverloop, past bij de benadering van het EHRM. Behalve de uitspraken in Goktepe tegen België en Haxhishabani tegen Luxemburg, denk ik dat ook Klouvi tegen Frankrijk als een aansporing kan worden gelezen om over te gaan op een benadering waarbij daadwerkelijk beraad het uitgangspunt is en het bewijs daarvan uit een geheel aan indicaties en contra-indicaties moet worden afgeleid. Klouvi werd veroordeeld voor het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte op basis van de vaststelling dat de aangifte niet tot een (succesvolle) vervolging had geleid. Uit het objectieve gegeven dat de aangifte niet had geleid tot een succesvolle vervolging werd afgeleid dat Klouvi opzettelijk een onjuiste aangifte had gedaan. Klouvi kon geen tegenbewijs leveren om de gevolgtrekking op basis van het objectieve gegeven van de niet verdere vervolging te betwisten. Frankrijk werd veroordeeld wegens schending van art. 6 EVRM.

Dat het opzet op het doen van een onjuiste aangifte in Klouvi tegen Frankrijk werd bewezen aan de hand van een objectieve vaststelling, doet mij – als bewijsconstructie – denken aan het objectieve criterium van tijd en/of gelegenheid dat het uitgangspunt vormde bij het bewijs van de voorbedachte raad. Ook hier was voor contra-indicaties tot voor kort geen ruimte, zoals bleek uit het arrest uit 2000 over de verdachte die stelde onder invloed van voodoo te zijn geweest.

2.4. De plicht van de ouder om te zorgen voor een geregeld schoolbezoek door zijn kind

In een uitspraak van 21 mei 2013 bevestigde de Hoge Raad een door het Arnhemse gerechtshof uitgesproken veroordeling van een vader wegens schending van art. 2 van de Leerplichtwet 1969. In dit artikel is bepaald dat degene die (ouderlijk) gezag over een jongere uitoefent, verplicht is ervoor te zorgen dat de jongere de school waar hij staat ingeschreven regelmatig bezoekt:

Art. 2 Leerplichtwet 1969

1. Degene die het gezag over een jongere uitoefent, en degene die zich met de feitelijke verzorging van een jongere heeft belast, zijn verplicht overeenkomstig de bepalingen van deze wet te zorgen, dat de jongere als leerling van een school staat ingeschreven en deze school na inschrijving geregeld bezoekt. (...).
2. De in het eerste lid bedoelde verplichtingen gelden niet voor zover de daarin bedoelde personen kunnen aantonen dat zij daarvoor niet verantwoordelijk kunnen worden geacht. (...)¹³³⁰

¹³³⁰ Voorzover hier relevant is art. 2 het laatst gewijzigd door de wet van 10 maart 1994, Stbl. 1994, 255.

De vader in kwestie heeft ter zitting verklaard dat het kind waar het om gaat een deel van de tijd bij hem en een deel van de tijd bij zijn ex-vrouw woont. Voorzover hij toezicht kon houden op het schoolbezoek van zijn kind, dus als het kind bij hem was, deed hij dat, zo stelde hij. Het gerechtshof heeft hem echter veroordeeld, overwegende:

‘Het hof leidt uit het vastgestelde schoolverzuim van [betrokkene 1], alsmede de mate waarin dat schoolverzuim heeft plaatsgevonden, af dat de verdachte niet heeft voldaan aan de verplichting om te zorgen dat [betrokkene 1] de school [A] geregeld bezoekt.

Voor zover de verdachte ter terechtzitting van het hof heeft willen aanvoeren dat hij niet of onvoldoende aan deze verplichting heeft kunnen voldoen vanwege de omstandigheid dat hij in de ten laste gelegde periode niet of niet altijd het toezicht heeft gehad op [betrokkene 1], overweegt het hof het volgende.

Het al dan niet aanwezig zijn van of beschikken over bedoeld toezicht is geen relevante omstandigheid in het kader van de op de verdachte rustende verplichting ingevolge de Leerplichtwet 1969 (aldus het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 1977, LJN: AD5641, NJ 1978, 435) en kan aldus geen afbreuk doen aan het bewezen verklaarde.¹³³¹

In cassatie wordt geklaagd over de wijze waarop het Hof het verweer van de verdachte heeft weerlegd. In zijn conclusie voor de Hoge Raad gaat Knigge eerst in op de aard van het delict, om te kunnen bepalen hoe het verweer gekwalificeerd moet worden (als een beroep op een strafuitsluitingsgrond of als een bewijsverweer). Hij constateert dat art. 2 van de Leerplichtwet een zorgplicht aan de ouder oplegt en vraagt zich vervolgens af hoe deze zorgplicht moet worden verstaan:

‘Gaat het hier op bestanddeelniveau om een aansprakelijkheid zonder meer voor het feit dat een kind een school niet geregeld bezoekt, dus om een vorm van ‘strict liability’? Of moet sprake zijn van een vorm van nalaten, zodat uit de bewijsmiddelen moet kunnen worden afgeleid dat de verdachte persoonlijk tekortgeschoten is in de van hem gevergde zorg? In het verlengde van die vraag ligt de vraag welke ruimte art. 2 Leerplichtwet 1969 laat voor een beroep op een strafuitsluitingsgrond. Brengt de ‘strict liability’, zo daarvan sprake is, mee dat ook de mogelijkheden om zich te disculperen aan banden zijn gelegd? Vormt, als nalatigheid bewezen moet worden, een beroep op overmacht of avas

¹³³¹ Deze overwegingen van het hof zijn weergegeven in HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0399, ro. 3.2.2 (Leerplichtwet).

dan een bestrijding van de tenlastelegging? Bij dit alles speelt ten slotte de vraag wat de betekenis is van het tweede lid van art. 2 Leerplichtwet 1969.¹³³²

Knigge stelde vervolgens dat een '*strict liability*' of 'blote aansprakelijkheid' niet goed past bij de grondslagen van het Nederlandse strafrecht. Dus moet er volgens hem wel sprake zijn van een omissie-aansprakelijkheid; een aansprakelijkheid die gebaseerd is op het nalaten van de ouder om voldoende toezicht te houden op het schoolbezoek door zijn kind:

'Ik stel voorts voorop dat een blote aansprakelijkheid voor een (door anderen veroorzaakte) verboden toestand zich slecht verdraagt met de grondslagen van het Nederlandse strafrecht, dat als uitgangspunt kent dat de kern van de delictsomschrijving bestaat uit een (door de dader begane) gedraging en waarin 'geen straf zonder schuld' een grondbeginsel is. Een dergelijke aansprakelijkheid kan bovendien gemakkelijk in strijd komen met de door art. 6 EVRM gegarandeerde onschuldpresumptie. Het zal daarom zijn dat de Hoge Raad geneigd is in strafbepalingen die ogen als een blote aansprakelijkstelling voor andermans fouten een aansprakelijkheid te lezen voor een zorgplichtschending, en daarmee voor een eigen gedraging.'¹³³³

Aansprakelijkheid behoort, vanwege het schuldbeginsel, te berusten op een eigen gedraging, aldus Knigge. Op grond van de wetsgeschiedenis van de Leerplichtwet concludeert hij dat de wetgever geen '*strict liability*' voor ogen kan hebben gehad, omdat de aansprakelijkheid niet de ouder zou raken die alle redelijkerwijs te vergen zorg heeft betracht:

'Het enkele feit dat men als vader of moeder het formele gezag over het kind had, maakte bepaald niet dat men voor het schoolverzuim aansprakelijk kon worden gesteld. Daarvoor was in de eerste plaats nodig dat men als ouder voor het geregeld schoolbezoek "aansprakelijk" kon worden gehouden. De kring van personen op wie de zorgplicht rustte (de normadressaten), werd aldus nader ingeperkt. In de tweede plaats was nodig dat de normadressaat (de "aansprakelijke persoon") niet het redelijkerwijs mogelijke had gedaan om het schoolverzuim te voorkomen.'¹³³⁴

¹³³² Conclusie bij HR 21 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0399 (Leerplichtwet).

¹³³³ Conclusie bij HR 21 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0399 (Leerplichtwet).

¹³³⁴ Conclusie bij HR 21 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0399 (Leerplichtwet). Zie ook Frielink & Van Kempen 2013, p. 86 e.v. en Mevis in zijn annotatie bij het arrest: HR 21 mei 2013 (Leerplichtwet), NJ 2015/277 m.nt. Mevis.

Tegen deze achtergrond bespreekt Knigge het tweede lid dat bij de wijziging van de Leerplichtwet in 1994 werd toegevoegd. Het tweede lid ontheft de ouder zonder gezag van zijn aansprakelijkheid en heeft dus geen betrekking op de mate van zorg die een ouder met gezag heeft betracht. De gedachte achter de toevoeging van het tweede lid was dat de jongere zelf mede verantwoordelijk was voor geregeld schoolbezoek:

‘Nog steeds gold dat ouders of verzorgers niet in het gevang dienden te belanden “wegens verzuimen, die wellicht aan de kinderen zelfen zijn te wijten”. In de aangehaalde passage [uit de wetsgeschiedenis over de toevoeging van de exceptie in lid 2 van art. 2 van de Leerplichtwet, EHA_vL] kan immers moeilijk wat anders gelezen worden dan dat ouders of verzorgers niet strafbaar dienen te zijn als van hen “in redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij de leerplichtige jongeren ertoe kunnen bewegen naar school te gaan”.¹³³⁵

Al met al concludeert Knigge dat de ouder twee verweren kan voeren. Hij kan een beroep doen op maximaal te vergen zorg en hij kan een beroep doen op art. 2 lid 2 Leerplichtwet 1969. Knigge concludeerde dat het verweer van de verdachte kon worden opgevat als een beroep op (verschoonbare) dwaling of maximaal te vergen zorg en als een beroep op art. 2 lid 2 Leerplichtwet (‘een verweer dat de verdachte niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het geregeld schoolbezoek’).¹³³⁶ De verdachte had namelijk aangevoerd dat het kind ‘op doordeweekse dagen vaak bij zijn moeder verblijft, dat hij het wettelijk gezag heeft over de kinderen, maar dat de moeder in feite alles voor het zeggen heeft, dat hij niet het toezicht heeft op zijn kinderen, dat hij niet wist dat [betrokkene 1] spijbelde en dat hij niet gebeld wordt door de school wanneer er sprake is van schoolverzuim door zijn zoon.’¹³³⁷ Knigge concludeert daarom dat het middel slaagt, omdat de verwerping van het verweer van de verdachte door het Hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

In de overwegingen van de Hoge Raad gaat het om de uitleg van het gezagsvereiste in het eerste lid. Volgens de Hoge Raad werd met ‘gezag’ in de zin van art. 2 van de Leerplichtwet bedoeld ‘rechtens bestaand gezag’. Dat gezag is aanwezig als de ouder

¹³³⁵ Conclusie bij HR 21 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0399 (Leerplichtwet) punt 5.23. Zie ook Frielink & Van Kempen 2013, p. 87-90 en Mevis in zijn annotatie bij het arrest: HR 21 mei 2013 (Leerplichtwet), NJ 2015/277 m.nt. Mevis.

¹³³⁶ Conclusie bij HR 21 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013: CA0399 (Leerplichtwet). Mede naar aanleiding van dit arrest concluderen Frielink & Van Kempen dat de ouder eveneens dat de ouder twee verweren kan voeren. Net als Knigge wijzen ze op het tweede lid van art. 2 Leerplichtwet, maar anders dan Knigge denken zij aan een (tijdelijke) overmachtsituatie; Frielink & Van Kempen 2013, p. 86 e.v. met name p. 90. Vgl. Mevis in zijn annotatie bij HR 21 mei 2013 (Leerplichtwet), NJ 2015/277 m.nt. Mevis.

¹³³⁷ Conclusie bij HR 21 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013: CA0399 (Leerplichtwet).

de ouderlijke macht heeft en dus overwoog de Hoge Raad dat ook de ouder bij wie de kinderen niet altijd wonen dit gezag heeft:

‘[D]at in art. 2, eerste lid, Leerplichtwet 1969 onderscheid wordt gemaakt tussen “degene die het gezag over een minderjarige uitoefent” en “degene die zich met de feitelijke verzorging van een minderjarige heeft belast” en dat met het oog daarop een redelijke wetsuitleg meebrengt [dat] deze bepaling aldus moet worden verstaan dat met de daarin gebezigde term “gezag” niet wordt bedoeld op feitelijk gezag, maar op een rechtens bestaand gezag, zoals de ouderlijke macht. In zijn hiervoor onder 3.2.2 weergegeven overwegingen - waarin ook naar het zojuist genoemde arrest wordt verwezen - heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat de enkele omstandigheid dat de verdachte niet of niet altijd het toezicht had op zijn zoon, niet met zich brengt dat art. 2, eerste lid, Leerplichtwet 1969 reeds daarom niet op hem van toepassing is. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.’¹³³⁸

Wat betreft de door de verdachte naar voren gebrachte omstandigheden constateerde de Hoge Raad dat het Hof het aanvoeren daarvan niet heeft en ook niet heeft hoeven opvatten als een verweer in de zin van art. 2 lid 2 van de Leerplichtwet:

‘Voorts heeft het Hof hetgeen blijkens het daarvan opgemaakte proces-verbaal door en namens de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep naar voren is gebracht, klaarblijkelijk niet opgevat als een voldoende onderbouwd betoog dat ertoe strekte op de voet van art. 2, tweede lid, Leerplichtwet 1969 “aan te tonen” dat hij voor het niet geregeld bezoeken van de school door zijn zoon niet verantwoordelijk kon worden geacht.’¹³³⁹

De bewijslast voor het uitsluiten van aansprakelijkheid wordt door de Hoge Raad in navolging van de wettekst dus bij de verdachte gelegd: hij moet door middel van een voldoende onderbouwd betoog ‘aantonen’ dat hij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het schoolverzuim van zijn zoon.¹³⁴⁰

Het is de vraag hoe deze opvatting zich verhoudt tot de onschuldpresumptie. Daarbij zijn er twee aandachtspunten: de hoge(re) eisen aan een geslaagd beroep op art. 2 lid 2 van de Leerplichtwet en de (althans naar het lijkt, zeer) beperkte ruimte voor

¹³³⁸ HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0399 (Leerplichtwet).

¹³³⁹ HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0399 (Leerplichtwet).

¹³⁴⁰ Frielink & Van Kempen 2013, p. 87. Zie ook Mevis die constateert dat de Hoge Raad, anders dan Knigge in zijn conclusie, de weerlegging van het verweer door het Hof voldoende inhoudelijk voldoende vindt. in zijn annotatie in de NJ; NJ 2015/277 m.nt. Mevis.

andere verweren.¹³⁴¹ De bewijsstandaard van ‘aantonen’ in plaats van ‘aannemelijk maken’ betekent dat de bewijslast bij de verdachte ligt. Aansprakelijkheid bij een zorgplichtbepaling als deze is daarmee al snel gegeven: zij vloeit bijna rechtstreeks voort uit het enkele feit dat de jeugdige niet regelmatig op school aanwezig is geweest.¹³⁴²

De vraag of een beperkte ruimte voor verweer bij een zorgplichtbepaling in strijd kan zijn met de onschuldpresumptie kwam bij het EHRM aan de orde in *Radio France e.a. tegen Frankrijk*.¹³⁴³ Het EHRM stelde in die zaak vast dat de zorgplicht van de *publishing director* weliswaar moeilijk te weerleggen was, maar dat het gebruik van een combinatie van vermoedens binnen ‘redelijke grenzen’ bleef. In die afweging lijkt het Hof ook een zeker gewicht te hebben toegekend aan het doel van de strafbepaling: het voorkomen van de verspreiding van lasterlijke uitspraken via de media.

In het licht van *Radio France e.a. tegen Frankrijk* denk ik dat een zorgplichtbepaling op zichzelf goed met de onschuldpresumptie te verenigen is. Het Hof maakt een afweging tussen de *importance of what is at stake* en de rechten van de verdachte, ‘*in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved*’.¹³⁴⁴ In *Radio France e.a.* stelde het Hof vast dat de bewijslast op de vervolgende instantie berustte, dat de directeur verschillende verweren kon voeren en dat de door hem aangevoerde omstandigheden door de rechter zorgvuldig waren onderzocht. Al met al oordeelde het Hof daarom, ook in het licht van *de importance of what is at stake*, hier ‘*effectively preventing defamatory or insulting allegations and imputations being disseminated through the media by requiring publishing directors to exercise prior supervision*’, dat de onschuldpresumptie niet werd geschonden.¹³⁴⁵ Daarbij speelde mogelijk ook een rol dat de *publishing director* alleen werd veroordeeld tot een geldboete.

Dat roept de vraag op of de afweging ten aanzien van de zorgplicht van de ouder voor geregeld schoolbezoek door zijn kind net zo zou uitvallen als voor de *publishing director* in *Radio France e.a. tegen Frankrijk*. Net als in de Franse zaak ligt de bewijslast bij het Openbaar Ministerie, maar anders dan in de Franse zaak kan de ouder zich volgens de Hoge Raad alleen bevrijden als hij aantoonst dat hij niet

¹³⁴¹ Zie ook Frielink & Van Kempen 2013, p. 88-89. Vgl. Mevis’ annotatie HR 21 mei 2013, NJ 2015/277 m.nt. Mevis.

¹³⁴² Ook Mevis besteedt aandacht aan de problematiek van een zorgplicht in dit kader, zie NJ 2015/277 m.nt. Mevis.

¹³⁴³ Zie hiervoor H7, par. 4.2.2.

¹³⁴⁴ EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (*Västberga Taxi Atkibolag en Vulic tegen Zweden*) § 113.

¹³⁴⁵ EHRM 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00 (*Radio France e.a. tegen Frankrijk*) § 24.

verantwoordelijk kan worden gehouden voor het schoolverzuim. Bovendien werd de vader in het arrest van de Hoge Raad veroordeeld tot twee weken hechtenis. Dat het verweer van de verdachte wellicht ook kan worden gelezen als een beroep op avas in de vorm van maximaal te vergen zorg, leidt er niet toe dat de Hoge Raad het verweer van verdachte ook in dat licht beoordeelt. Deze zorgplichtbepaling lijkt daarmee geen ruimte te bieden voor een afzonderlijke rol voor avas.¹³⁴⁶ Al met al heeft een verdachte dus weinig mogelijkheden voor verweer, worden er hoge eisen gesteld aan een verweer wil het kans van slagen hebben en kan veroordeling leiden tot een vrijheidsstraf. Deze Nederlandse regeling lijkt daarmee de grenzen van art. 6 lid 2 EVRM in ieder geval dichter te naderen dan meestal het geval is in het Nederlandse strafrecht.

2.5. Het opzetvereiste bij medeplegen

In 2001 veroordeelde het Hof Den Haag een verdachte voor het medeplegen van doodslag in verband met de schoten die zijn broer had gelost op de deur van café Bacchus. De broer van de verdachte gebruikte daarbij het pistool dat hij kort daarvoor van de verdachte had afgepakt. De verdachte stelde dat hij geen opzet had gehad op het doden van de slachtoffers die achter de deur stonden, noch op het gebruik van het pistool door zijn broer. Bovendien stelde hij dat voor hem niet voorzienbaar was geweest dat zijn broer het pistool zou gebruiken, gezien diens zachtmoedige karakter. Het Hof verwierp de verweren en motiveerde de bewezenverklaring van het opzet van de verdachte op de doodslag als volgt:

‘Dadelijk nadat zijn broer, op de zolder van Exile, hem, verdachte, het pistool heeft afgenomen, is verdachte naar beneden gestormd en richting Bacchus getogen, daarbij gevolgd door zijn broer en diens zwager. Enige minuten daarna zijn verdachte, zijn broer en diens zwager bij de buitendeur van Bacchus aangekomen met het vaste voornemen Bacchus binnen te gaan. Gelet op deze korte tijdspanne heeft verdachte er van moeten uitgaan dat de broer van verdachte het pistool nog bij zich had toen verdachte, zijn broer en diens zwager bij Bacchus aankwamen en daar (weer) naar binnen wilden.

Ter uitvoering van het plan Bacchus (weer) binnen te komen hebben verdachte, zijn broer en diens zwager tezamen heftig verbaal en lichamelijk geweld ontwikkeld, hoewel zij bemerkten dat de portiers die zij aan de andere kant

¹³⁴⁶ Anders Frielink & Van Kempen die betogen dat uit de jurisprudentie zou blijken dat er naast de in de Leerplichtwet genoemde excepties nog plaats is voor de toepassing van de gewone strafuitsluitingsgronden; Frielink & Van Kempen 2013, p. 89. Deze jurisprudentie heeft weliswaar betrekking op een aansprakelijkheid in het kader Leerplichtwet, maar voorzover ik kon nagaan heeft die geen betrekking op de aansprakelijkheid in art. 2 van de Leerplichtwet.

van de buitendeur van Bacchus wisten, hen de toegang beletten, en die portiers uitgedaagd hen binnen te laten. Door aldus te handelen heeft verdachte de aanmerkelijke kans aanvaard dat zijn broer hun gemeenschappelijk verlangen Bacchus binnen te komen kracht zou bij zetten door te schieten op de portier die deze door het ruitje in de deur van Bacchus zag. Voorts heeft verdachte zich tijdens voornoemd aan het schieten voorafgaand geweld op geen enkele wijze van dat geweld gedistantieerd, hoewel hij daartoe in de gelegenheid is geweest. Gelet op het voorafgaande heeft de verdachte te gelden als mededader van het afvuren van de kogels door de broer van de verdachte. Kort voordat de broer van verdachte de schoten loste, waren verdachte, zijn broer en diens zwager uit Bacchus gezet. Op dat moment was het druk in Bacchus en het was dus — mede gelet op het tijdstip — te verwachten dat zich achter de buitendeur ook andere personen zouden kunnen bevinden dan een of meer portiers. Daardoor hebben verdachte en zijn broer willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard en op de koop toegenomen dat de afgevuurde schoten die andere personen zouden kunnen raken en dat die andere personen daarbij gedood zouden kunnen worden. (...)

Prof. Van Leeuwen heeft ter terechtzitting van het Hof, als deskundige gehoord, verklaard dat de broer van verdachte weliswaar zachtmoedig van aard is, doch — indien hij 'op zijn tenen loopt' — zeer wel tot gewelddadigheid in staat is. Gewelddadigheid had de broer van verdachte die avond al eerder vertoond. Op grond daarvan had verdachte rekening moeten houden met de aanmerkelijke kans dat zijn broer zich bij de uitvoering van het gezamenlijk plan Bacchus (weer) binnen te komen gewelddadig zou betonen en de schoten zou afvuren die hij heeft afgevuurd.¹³⁴⁷

Het hof beargumenteerde het opzet van de verdachte op het doden van de slachtoffers achter de cafédeur aan de hand van vier omstandigheden:

- 1) De verdachte wist, gezien het korte tijdsbestek tussen het afpakken van het pistool en het naar buiten gaan, dat zijn broer het pistool nog bij zich had;
- 2) De verdachte, zijn broer en zwager gebruikten ter uitvoering van hun plan om het café weer binnen te komen, veel geweld;
- 3) De verdachte wist dat het op dat tijdstip druk was in het café; en
- 4) De verdachte heeft zich niet van dat geweld gedistantieerd toen daar gelegenheid toe was.

Op grond van deze omstandigheden concludeerde het Hof dat de verdachte bewust de aanmerkelijke kans had aanvaard dat het pistool gebruikt zou worden en dat dit tot het (dodelijk) raken van de personen achter de deur van het café zou kunnen

¹³⁴⁷ HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Schietpartij Bacchus).

leiden. In cassatie wordt de bewezenverklaring van het medeplegen en van het opzet van de verdachte op het doden van de verschillende slachtoffers betwist. De Hoge Raad leest de overwegingen van het Hof echter anders dan de stellers van het middel en ziet geen aanleiding voor cassatie.

‘Die overwegingen moeten, in onderlinge samenhang beschouwd, aldus worden verstaan dat tussen de verdachte en diens mededader van een zodanige bewuste en nauwe samenwerking sprake was dat zij de feiten tezamen en in vereniging hebben gepleegd, meer in het bijzonder dat het voorwaardelijk opzet van de verdachte was gericht op het gebruik van het vuurwapen door zijn mededader en op de levensberoving van de slachtoffers.’¹³⁴⁸

De Hoge Raad baseerde de aansprakelijkheid van de verdachte dus zonder veel omhaal van woorden op het voorwaardelijk opzet dat bij de verdachte aanwezig zou zijn als gevolg van de samenwerking en dat betrekking had op het gebruik van het vuurwapen en op de levensberoving.

Deze overweging van de Hoge Raad illustreert wat Knigge heeft bestempeld als het ‘wegplamuren’ van verschillen in het opzet bij medeplegers door middel van voorwaardelijk opzet.¹³⁴⁹ Knigge constateerde dat het bij voorwaardelijk opzet niet (langer) gaat om dat wat de dader wist of wilde, maar om een globaal en normatief begrip.¹³⁵⁰ Die ontwikkeling in de wijze waarop (voorwaardelijk) opzet wordt bewezen, wordt door De Hullu naar aanleiding van jurisprudentie over Opiumwetzaken waarin de opzettelijke invoer van verdovende middelen centraal staat, aangemerkt als een risico:

‘Voorwaardelijk opzet (...) kent het risico als sjabloon te worden gebruikt, als een te gemakkelijk bruikbare abstracte redenering die misschien toch niet helemaal recht doet aan de bijzondere omstandigheden van een bepaald geval. Een specifiek verweer dat op een bepaalde situatie betrekking heeft, kán inderdaad vrij gemakkelijk worden ‘doodgeslagen’ met de voorwaardelijk opzet-formule. De toetsing van het opzet kan dan te globaal, misschien zelfs gemakzuchtig worden.’¹³⁵¹

De Hullu stelt dat die globale toetsing van het opzet met name betrekking heeft op het bewijs van opzet en de wijze waarop dit beredeneerd wordt. Volgens hem betekent dat echter niet dat materieelrechtelijk geen recht zou worden gedaan aan het

¹³⁴⁸ HR 8 mei 2001, NJ 2001, 480 (Schietpartij Bacchus).

¹³⁴⁹ Knigge 2003, p. 292.

¹³⁵⁰ Knigge 2003, p. 292, zie ook Postma 2014, p. 89-90.

¹³⁵¹ De Hullu 2012, p. 235.

opzetbegrip. Knigge lijkt daar anders tegen aan te kijken. Volgens hem ontleemt het gebruik van 'globale' opzetredeneringen het zicht op wat er werkelijk gebeurt bij het vaststellen van de aansprakelijkheid van een medepleger, namelijk het 'toerekenen van gebeurtenissen die de deelnemer mede in gang heeft gezet'.¹³⁵² Knigge werpt daarom de vraag op 'of genoeg nemen met 'globaal opzet' niet betekent dat de eis van opzet op het gepleegde (grond)feit in feite niet wordt gesteld'.¹³⁵³

Naar aanleiding van Haxhishabani tegen Luxemburg kan geconcludeerd worden dat, als aan de randvoorwaarden van een zorgvuldige en eerlijke procedure is voldaan, art. 6 EVRM er niet aan in de weg staat gedragingen van anderen aan een deelnemer toe te rekenen zonder dat daarbij een (voorwaardelijk) opzet van de verdachte op alle gedragingen van zijn mededader hoeft te worden bewezen. In het licht van Haxhishabani tegen Luxemburg kan niet worden volgehouden dat het EVRM het bewijs van een schuldverband juridisch gezien als een noodzakelijke voorwaarde beschouwt om de medepleger aansprakelijk te kunnen stellen voor (onvoorziene) gedragingen van zijn mededader.¹³⁵⁴ Tegelijk kan uit Haxhishabani tegen Luxemburg worden afgeleid dat het EHRM hecht aan een onderbouwing van strafrechtelijke aansprakelijkheid aan de hand van concrete feiten en omstandigheden die uit het feitencomplex naar voren komen en die de vaststelling van aansprakelijkheid rechtvaardigen. Dat wijst erop dat een globale redenering waarin deze omstandigheden alleen in algemene termen worden aangeduid, zich slecht verhoudt met de onschuldpresumptie.

Het volledig loslaten van de individuele verantwoordelijkheid als grondslag voor aansprakelijkheid, zoals gebeurt bij een collectieve aansprakelijkheid, gaat verder dan het toerekenen van gedragingen als basis voor aansprakelijkheid. Toch is dat de kern van het voorstel van het Kamerlid Helder tot het invoeren van een collectieve aansprakelijkheid ter zake van openlijke geweldpleging dat een paar jaar geleden bij de Tweede Kamer werd ingediend.¹³⁵⁵ Voorgesteld wordt om art. 141 Sr zo aan te passen dat alle omstanders die bijdragen aan de (agressieve) sfeer, aansprakelijk

¹³⁵² Knigge 2003, p. 292-295 e.v. Vgl. ook Gritter 2003, p. 140 e.v.

¹³⁵³ Knigge 2003, p. 292.

¹³⁵⁴ Annotator Keijzer ziet dit anders en concludeert dat van het geobjectiveerd aanrekenen van gedragingen aan Haxhishabani geen sprake zou zijn. Een ontwikkeling waarin dit wel het geval zou zijn, ziet hij kennelijk niet als wenselijk nu hij betoogt dat het in de wet vastleggen van een schuldvorm vereist voor de aansprakelijkheid ter zake van medeplegen overweging verdient; EHRM 20 januari 2011 (Haxhishabani tegen Luxemburg) NJ 2012/272 m.nt. Keijzer.

¹³⁵⁵ Ingediend 17 april 2012, Kamerstukken II 2012-2013, 33 234, nr. 1-2. Helder stelt voor art. 141 Sr zodanig aan te passen dat: '1. In het tweede lid, onder 1°, wordt de zinsnede «indien hij opzettelijk goederen vernietigt» vervangen door: indien daarbij enig goed is vernietigd. 2. In het tweede lid, onder 1°, vervalt de zinsnede «door hem». 3. Het derde lid vervalt.'

zijn voor de strafbare feiten die uit die sfeer voortkomen en leiden tot schade en ernstig lichamelijk letsel.¹³⁵⁶ De Raad van State concludeerde destijds dat het wetsontwerp in strijd was met de strafrechtelijke systematiek en dan met name met het schuldbeginself. Een collectieve aansprakelijkheid past niet in een systeem waarin individuele schuld de grondslag voor aansprakelijkheid vormt, aldus de Raad van State.¹³⁵⁷

Ook het EHRM heeft bezwaar tegen een collectieve aansprakelijkheid, althans tegen de vorm van collectieve aansprakelijkheid op basis waarvan Goktepe werd veroordeeld. Goktepe zou, zo bleek, samen met twee anderen het slachtoffer hebben overvallen en gedood. Ter zitting werd door Goktepe elke intentie tot en elke betrokkenheid bij het doden van het slachtoffer ontkend. Toch werd de doodslag automatisch en zondere nadere motivering aan hem toegerekend als strafverzwarende omstandigheid. De straf die vervolgens aan Goktepe werd opgelegd, was mede gebaseerd op deze doodslag. Naar aanleiding van de klachten van Goktepe over schending van het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie, concludeerde het Hof in Straatsburg dat Goktepes persoonlijke verantwoordelijkheid met betrekking tot de doodslag door de automatische toerekening van de doodslag aan Goktepe niet was vastgesteld.¹³⁵⁸ Dat hij wel gestraft werd voor deze doodslag, was in strijd met art. 6 EVRM.

¹³⁵⁶ Op dit moment luidt art. 141 Sr:

- ‘1. Zij die openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen of goederen, worden gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden of geldboete van de vierde categorie.
2. De schuldige wordt gestraft:
 - 1°. met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie, indien hij opzettelijk goederen vernielt of indien het door hem gepleegde geweld enig lichamelijk letsel ten gevolge heeft;
 - 2°. met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien dat geweld zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft;
 - 3°. met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie, indien dat geweld de dood ten gevolge heeft.
3. Artikel 81 blijft buiten toepassing.’

Helder stelt de volgende wijzigingen voor:

- ‘1. In het tweede lid, onder 1°, wordt de zinsnede «indien hij opzettelijk goederen vernielt» vervangen door: indien daarbij enig goed is vernield.
2. In het tweede lid, onder 1°, vervalt de zinsnede «door hem».
3. Het derde lid vervalt.’

¹³⁵⁷ Kamerstukken II 2012-2013, 33234, nr. 4.

¹³⁵⁸ De onzekere mogelijkheid dat het ontbreken van opzet op de moord zou worden verwerkt in de strafmaat die werd bepaald na de vaststelling van aansprakelijkheid, was naar het oordeel van het Hof onvoldoende om de inbreuk te herstellen die op de rechten van de verdediging was gemaakt door het automatische toerekenen van de strafverzwarende omstandigheid.

Een aansprakelijkheidsconstructie waarbij een verdachte kan worden gestraft zonder dat zijn individuele verantwoordelijkheid is vastgesteld, lijkt in strijd met de Nederlandse benadering van het schuldbeginsel en kan, zo blijkt uit Goktepe tegen België ook leiden tot strijd met art. 6 EVRM.

3. De onschuldpresumptie en verkeersovertredingen

3.1. Inleiding

In de voorgaande (sub)pragrafen bleek dat de jurisprudentie van het EHRM aanknopingspunten biedt voor een andere benadering van het schuldbeginsel en, daarmee samenhangend, deels actuele en deels tijdloze discussies in het Nederlandse strafrecht. De rechtspraak van het EHRM biedt ook aanknopingspunten voor een vergelijking van de regelingen voor de aansprakelijkheid voor verkeersovertredingen begaan door ten tijde van het begaan van het feit onbekende bestuurders. In Hoofdstuk 7 kwamen de uitspraken naar aanleiding van de regelingen van de kentekenaansprakelijkheid in Nederland, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk en Frankrijk aan de orde. Gezamenlijk gaven de behandelde uitspraken een indruk van de manieren waarop enkele Europese landen omgaan met de handhaving van de verkeersregels door bestraffing van overtredingen, begaan door - in eerste instantie - onbekende bestuurders. De jurisprudentie van het EHRM biedt een basis voor het schetsen van een kader voor een aansprakelijkheidsregeling wat betreft aansprakelijkheid en opsporing.

3.2. Grenzen en mogelijkheden van de kentekenaansprakelijkheid

3.2.1. Aansprakelijkheid

Vaak wordt met behulp van technische apparatuur, bijvoorbeeld een snelheidscamera, vastgesteld dat een overtreding is begaan. Het vaststellen van een overtreding is doorgaans dus niet het probleem, maar voor het vinden van de persoon die aansprakelijk is voor de overtreding ligt dat anders. In de Europese jurisprudentie zien we twee oplossingen voor dat probleem. Of de nationale wet streeft niet naar bestraffing van de bestuurder, maar stelt de kentekenhouder aansprakelijk; of de nationale wet streeft ernaar dat wordt vastgesteld wie de overtreding heeft begaan zodat de dader kan worden bestraft.

Als de kentekenhouder in beginsel aansprakelijk wordt gesteld voor de overtreding, is de identiteit van de bestuurder niet relevant. De kentekenhouder is verantwoordelijk voor zijn auto en dus aansprakelijk als daar een overtreding mee wordt begaan, tenzij de auto tegen de wil van de eigenaar is gebruikt. Zowel het Nederlandse als het Franse systeem gaat uit van aansprakelijkheid van de

kentekenhouder. Die aansprakelijkheidsconstructie is op zichzelf verenigbaar met de onschuldpresumptie mits de basisvereisten voor een eerlijk proces, zoals toegang tot de rechter, in acht worden genomen. Het Hof benadrukt dat de kentekenhouder niet onder alle omstandigheden aansprakelijk mag worden gehouden, maar verweren moet kunnen voeren die hem van aansprakelijkheid kunnen bevrijden. Centraal staat de balans tussen de belangen. Dat blijkt ook uit Falk tegen Nederland: een lichte verkeersovertreding en een lichte sanctie rechtvaardigen een 'lichtere rechtsbescherming' door het beperken van de mogelijkheden voor verweer.

De Oostenrijkse regeling streeft naar bestraffing van de bestuurder en stelt het niet bekend maken van de bestuurder strafbaar. De toepassing van deze regeling bleek in het geval van Krumpholz echter anders uit te pakken dan men zou verwachten. Krumpholz werd geconfronteerd met het vermoeden dat hij, als kentekenhouder, ook de bestuurder was geweest. Terwijl Krumpholz uitdrukkelijk verklaarde dat hij de bestuurder niet was geweest, was het uitgangspunt van de procedure dat hij de bestuurder was geweest. Dit leidde tot een omkering van de bewijslast: de Oostenrijkse autoriteiten veronderstelden dat Krumpholz de verkeersovertreding had begaan en het was aan hem om het tegendeel te bewijzen. Het EHRM concludeerde daarom dat Oostenrijk het recht op een eerlijk proces en de onschuldpresumptie had geschonden.

Zoals gezegd, behoort de Oostenrijkse regeling tot de regelingen die streven naar bestraffing van de bestuurder. Krumpholz was echter niet de bestuurder, maar werd bestraft als was hij de bestuurder. Daarin verschilde zijn situatie van de situatie van Falk: Falk was niet de bestuurder, maar werd ook niet vermoed de bestuurder te zijn geweest. Hij was op een andere grondslag aansprakelijk; namelijk omdat hij kentekenhouder was. De aansprakelijkheid van Krumpholz lijkt eerder gebaseerd op zijn verantwoordelijkheid als kentekenhouder dan op zijn verantwoordelijkheid als bestuurder. Nu dat niet de grondslag van de aansprakelijkheid was - blijkens de Oostenrijkse regeling - en hij ook geen daarmee corresponderende verweren kon voeren, concludeerde het EHRM dat art. 6 EVRM was geschonden. Ook wanneer het om een relatief lichte sanctie gaat, moet een beperking van de verdedigingsmogelijkheden corresponderen met de grondslag voor de aansprakelijkheid om verenigbaar te zijn met de onschuldpresumptie.

3.2.2. Opsporing

Met name de aansprakelijkheidsconstructie waarbij gestreefd wordt naar bestraffing van de bestuurder, heeft consequenties voor de wijze van opsporen. In Oostenrijk en Engeland wordt van de kentekenhouder gevorderd dat hij de bestuurder bekend

maakt. Nederland kent bij verkeersmisdrijven een vergelijkbaar systeem.¹³⁵⁹ Het verstrekken van gegevens over de bestuurder is, zo overwoog het Hof in Weh tegen Oostenrijk, op zichzelf niet belastend (*incriminating*) voor de kentekenhouder. Het niet bekend maken van de bestuurder of het verstrekken van gegevens die onvoldoende nauwkeurig zijn om daarmee de dader (de bestuurder) op te sporen, mag zelfstandig strafbaar worden gesteld. Van deze strafbepaling kan een zekere dwang uitgaan om de kentekenhouder te laten meewerken aan de vervolging van de dader. Dat kan betekenen dat de kentekenhouder zich 'gedwongen' voelt te bekennen dat hijzelf de bestuurder is geweest, zoals bij O'Halloran het geval was. Daardoor wordt het recht om te zwijgen of het recht om zichzelf niet te hoeven beschuldigen niet in de kern geraakt, aldus het Hof. Ook mag een Verdragsstaat de kentekenhouder stimuleren om mee te werken aan de vervolging van de dader door het niet bekend maken van de bestuurder zwaarder te bestraffen dan op basis van de verkeersovertreding zelf mogelijk zou zijn, zo bleek bij Francis.

Dat de overheid enige dwang mag uitoefenen op de kentekenhouder om de bestuurder bekend te maken, betekent echter niet dat de inzet van elk opsporingsmiddel gerechtvaardigd is. Het doorzoeken van de woning van de kentekenhouder bleek in Buck tegen Duitsland niet toelaatbaar. Het doorzoeken van een woning was een te ingrijpend opsporingsmiddel voor een eenvoudige verkeersovertreding. Het opsporingsbelang kan bij een relatief licht delict een zo vergaande inbreuk op het privé- en familieleven van de kentekenhouder niet rechtvaardigen. Daarmee wordt nog eens benadrukt dat het belang om het schuldbeginssel te realiseren niet absoluut is en niet buiten de belangenafweging van de *importance of what is at stake* staat; ook de ruimte voor het schuldbeginssel wordt bepaald door een belangenafweging.

3.3. Conclusie

Het uitgangspunt van het Hof bij het beoordelen van aansprakelijkheidsconstructies in het verkeersrecht is of de verhouding tussen de belangen die op het spel staan proportioneel is:

'In assessing whether, in the present case, this principle of proportionality was observed, the Court understands that the impugned liability rule was introduced in order to secure effective road safety by ensuring that traffic offences, (...) would not go unpunished whilst having due regard to the need to ensure that the prosecution and punishment of such offences would not entail an unacceptable burden on the domestic judicial authorities. It further notes that a person fined under Article 5 of the Act can challenge the fine before a trial court with full competence in the matter

¹³⁵⁹ Zie art. 165 en 181 WVV'94.

*and that, (...) the person concerned is not left without any means of defence in that he or she can raise arguments based on Article 8 of the Act and/or claim that at the material time the police had a realistic opportunity of stopping the car and establishing the identity of the driver.*¹³⁶⁰

Inde discussie zoals die in Nederland naaraanleiding van de kentekenaansprakelijkheid is gevoerd, eerst naar aanleiding van art. 40 VWW en later over de Wahn, overheersten principiële en dogmatische argumenten. Benadrukt werd dat op grond van het schuldbeginsel de kentekenhouders alleen gestraft kan worden voor de door hem zelf begane overtreding.¹³⁶¹ Vanuit dat perspectief moest de kentekenhouders zich van aansprakelijkheid kunnen bevrijden door de bestuurder bekend te maken of aannemelijk te maken dat het niet bekend (kunnen) maken hem niet verweten kon worden. Voorzover de wetgever de kentekenhouders daarvoor geen wettelijke grond ter beschikking had gesteld, moest straffeloosheid via de buitenwettelijke schulduitsluitingsgrond avas worden bewerkstelligd. In deze visie was het uitsluiten van avas onmogelijk.¹³⁶²

De benadering van het EHRM blijkt anders te zijn. In plaats van te vertrekken vanuit een verabsoluteert principe, weegt het Hof bij de beoordeling van de kentekenaansprakelijkheid alle relevante belangen af. Naar aanleiding van Falk tegen Nederland, concludeerde De Hullu dat het Nederlandse stelsel kennelijk niet niet ontoelaatbaar was:

‘Maar uitsteken boven de Straatsburgse minimumnorm doet deze regeling ook niet echt.’¹³⁶³

¹³⁶⁰ EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01 (Falk tegen Nederland).

¹³⁶¹ Langemeijer concludeerde bijvoorbeeld dat ‘het schuldbeginsel van het verdrag [het EVRM, EHAvL] m.i. wel [eist] dat een bepaald rechtsstelsel redelijke waarborgen oplevert dat iemand niet anders gestraft kan worden dan voor eigen gedrag waaraan hij schuld heeft.’ Hij voegde daar nog aan toe: ‘Samenvattend ben ik dus van mening dat art. 6 Verdrag van Rome toelaat een strafbepaling die iemand strafbaar stelt wegens eigen gedrag, onderworpen aan de strafuitsluitingsgrond van afwezigheid van schuld en aan de wettelijke rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden.’ Conclusie bij HR 21 november 1972, NJ 1973, 123 m.nt. Bronkhorst.

¹³⁶² Zie bijvoorbeeld de opmerking van Enschedé ‘dat de wetgever — ook de wetgever — het beginsel, dat geen straf mag worden toegepast waar geen schuld is, niet opzij kan zetten. (...) Mij dunkt: neen: ook de wetgever is aan zekere beginselen van strafrecht gebonden.’ HR 28 april 1970, NJ 1971, 220, m.nt. Enschedé. Zie ook Corstens die naar aanleiding van de Wahn schreef dat het schuldbeginsel was ‘losgelaten’; HR 15 juli 1993, NJ 1994, 177 m.nt. Corstens (Zoon).

¹³⁶³ De Hullu 2003, p. 216, in latere edities verwoordt hij het iets anders: ‘Een ideale invulling van het schuldbeginsel is het zeker niet.’ De Hullu 2012, p. 208.

Het is echter de vraag of De Hullu daarin gelijk heeft. Verdedigbaar is mijns inziens ook dat de Nederlandse regeling ruim binnen de Straatsburgse marge valt. De in Nederland gehanteerde drempel voor aansprakelijkheid blijkt bij lichte delicten vanuit Europees perspectief lager te kunnen liggen. In de volgende paragraaf zal ik, tegen deze achtergrond, ingaan op de vraag of codificatie van het schuldbeginssel (alsnog) wenselijk is.

4. Naar een andere inkadering van het schuldbeginssel?

4.1. Inleiding

In de voorgaande paragrafen is aan de hand van een aantal vergelijkingen verkend hoe de benadering van de onschuldpresumptie door het EHRM en de verwezenlijking van het schuldbeginssel zich tot elkaar verhouden. Twee conclusies wil ik er hier uitlichten. De eerste is dat het EVRM niet verplicht tot het erkennen van avas of een algemeen geldende strafuitsluitingsgrond met dezelfde strekking. De tweede conclusie is dat de wijze waarop de Nederlandse strafrechter tot voor kort tot de vaststelling van voorbedachte raad kon komen, vanuit de jurisprudentie van het EHRM gezien en gelet op het belang dat er voor de verdachte op het spel staat, mogelijk een risico inhield. In de derde subparagraaf sta ik daarom stil bij de ontwikkeling en het gebruik van hulpregels en bewijsconstructies in de Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van ernstige delicten.

4.2. Codificatie van avas

In dit onderzoek zijn tal van voorbeelden te vinden van uitspraken die de Nederlandse opvatting van het schuldbeginssel weergeven. Betrekkelijk recent nog stelde Knigge dat een 'blote aansprakelijkheid' van de ouder voor het schoolverzuim van zijn kind op grond van het schuldbeginssel niet paste bij het Nederlandse strafrecht:

'Ik stel voorts voorop dat een blote aansprakelijkheid voor een (door anderen veroorzaakte) verboden toestand zich slecht verdraagt met de grondslagen van het Nederlandse strafrecht, dat als uitgangspunt kent dat de kern van de delictsomschrijving bestaat uit een (door de dader begane) gedraging en waarin 'geen straf zonder schuld' een grondbeginsel is. Een dergelijke aansprakelijkheid kan bovendien gemakkelijk in strijd komen met de door art. 6 EVRM gegarandeerde onschuldpresumptie.'¹³⁶⁴

¹³⁶⁴ Conclusie bij HR 21 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA0399. Vgl. Raad van State naar aanleiding van initiatiefvoorstel-Helder over groepsaansprakelijkheid: Kamerstukken II 2012-2013, 33 234, nr. 4. Het wetsvoorstel werd ingediend op 17 april 2012, Kamerstukken II 2012-2013, 33 234, nr. 1-2.

Kern van deze opvatting is dat iemand niet mag worden gestraft voor iets anders dan voor een eigen (persoonlijke) gedraging waarvan hem een verwijt kan worden gemaakt. In de gangbare opvatting van het schuldbeginsel wordt het schuldbeginsel gerealiseerd via de bestanddelen opzet en schuld bij misdrijven en via de strafuitsluitingsgronden door het beginsel 'geen straf zonder schuld'.¹³⁶⁵ De kern van deze opvatting is dat als een verdachte geen verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt, hij ook niet gestraft mag worden. De ongeschreven strafuitsluitingsgrond avas speelt daarbij een cruciale rol: als geen van de wettelijke strafuitsluitingsgronden van toepassing is, kan de rechter, als hij van oordeel is dat de verdachte zijn gedraging niet verweten kan worden, die gedraging op grond van avas toch onbestraft laten.

In het licht van de jurisprudentie van het EHRM, met name *G. tegen het Verenigd Koninkrijk*, blijkt dat het EVRM niet verplicht tot een algemene strafuitsluitingsgrond met een vergelijkbare strekking als avas.

Wat naar het oordeel van het EHRM de minimumnorm is waaraan een aansprakelijkheidsconstructie moet voldoen, kan niet in het algemeen worden gezegd. De minimumnorm is namelijk steeds het resultaat van een op het specifieke geval toegesneden belangenafweging. Uitgangspunt daarbij is de vraag of de verhouding tussen de belangen die op het spel staan proportioneel is. In de kern staan de individuele belangen van een verdachte (rechtsbescherming, mogelijke sanctie) daarbij vaak tegenover de belangen van de samenleving als geheel (normbevestiging, efficiënte handhaving). Het belang dat de boventoon voert, bepaalt de ruimte voor het uitoefenen van de verdedigingsrechten en is dus ook van belang voor de hoogte van de drempel voor aansprakelijkheid.

Deze benadering kan ertoe leiden dat de drempel voor aansprakelijkheid die uit art. 6 EVRM voortvloeit, in bepaalde gevallen lager ligt dan in het Nederlandse strafrecht, op grond van de toepasselijkheid van het ruim opgevatte schuldbeginsel, aanvaardbaar wordt gevonden.¹³⁶⁶ Juridisch blijkt de grens die in Nederland als de ondergrens voor aansprakelijkheid wordt beschouwd, afgaande op de rechtspraak uit Straatsburg, niet (meer) steeds de ondergrens te zijn.

Dat zou een reden kunnen zijn om op (opnieuw) te overwegen om de minimale drempel voor aansprakelijkheid die op grond van de Nederlandse opvatting van het schuldbeginsel aanvaardbaar wordt gevonden, in de wet te verankeren. Een wettelijke basis biedt houvast bij het waarborgen van dat onderdeel van het schuldbeginsel.

¹³⁶⁵ De Hullu 2012, p.276. Zie ook Van Bemmelen & Van Veen 2003, p. 148 en Pompe 1959, p. 151-152.

¹³⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Keijzer in zijn annotatie bij EHRM, 20 januari 2011 (*Haxhishabani tegen Luxemburg*), *NJ* 2012/272 m.nt. Keijzer, maar ook Schalken in zijn annotatie bij EHRM 30 augustus 2011 (*G. tegen het Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 2012/469 m.nt. Schalken.

Bovendien schept codificatie duidelijkheid over de inhoud en reikwijdte van dat onderdeel van het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht.

De gedachte om onderdelen van het schuldbeginnel of aspecten van *avas* te codificeren, is niet nieuw: Vrij opperde dat laatste in 1930 ook al. Volgens hem was *avas* een toevoeging (een verhoging van de drempel van aansprakelijkheid) die verder ging dan op grond van schuld als voorwaarde voor aansprakelijkheid noodzakelijk was. Niet het wezen van het strafrecht, maar het rechtsgevoel vraagt om de toepassing van het beginsel 'geen straf zonder schuld', ook in die gevallen waarin de schuld ontbreekt, maar de wettelijke strafuitsluitingsgronden niet van toepassing zijn, zo stelde hij. Maar juist omdat de toepassing van *avas* volgens Vrij gebaseerd was op het rechtsgevoel, was het risico dat *avas* op een willekeurige manier zou worden toegepast aanwezig.

Daarom pleitte Vrij voor het opnemen van verschoonbare feitelijke dwaling en verschoonbare rechtsdwaling in de wet.¹³⁶⁷ Door *avas* in de wet op te nemen kon een geregelde en juiste toepassing van die aspecten van *avas* worden verzekerd. Dat zou de rechtszekerheid en de rechtseenheid omtrent de rechtsgevolgen van *avas* ten goede komen. Een omschrijving van *avas* in de wet zou bovendien helderheid geven over de omvang en de werking van het schuldbeginnel. Om nagenoeg dezelfde redenen pleitte Keupink in 2011 voor codificatie van maximaal te vergen zorg, een van de vormen van *avas*:

'Eerder (...) is aan de orde geweest dat de wetgever op enig moment onterecht heeft besloten afscheid te nemen van de verschillende disculpatieregelingen die verspreid over de bijzondere wetgeving waren opgenomen. Het onjuiste argument daarvoor was dat de disculpatieregelingen zouden zijn vervangen door het leerstuk 'afwezigheid van alle schuld'. (...) De 'afwezigheid van alle schuld'-exceptie dat niet de maximale zorg is betracht, biedt namelijk geen aanduiding van wat de zorg is. Bovendien is onvoorspelbaar wat de rechter met een 'afwezigheid van alle schuld wegens de betrachte maximale zorg'-verweer gaat doen. (...) Het opnieuw opnemen van een disculpatieregeling in de wet zou de bijzondere daderschapsconstructie bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen in enge zin wat acceptabeler kunnen maken omdat daarmee in de wet aan de geadresseerde duidelijk kan worden gemaakt wanneer hij de verlangde zorg heeft betracht. (...) Het bijkomend voordeel van het weer opnemen van een disculpatieregeling is dat de wetgever zou worden gedwongen zich inhoudelijk uit te spreken over de materieelrechtelijke inhoud van de zorggedraging. Door de disculpatieregeling in de wet op te nemen, zou door de wetgever in ieder geval worden bekrachtigd dat het de rechter is

¹³⁶⁷ Vrij 1930, p. 73. Zie verder Hoofdstuk 5, par. 4.3

toegestaan de inhoud van de zorggedraging vast te stellen aan de hand van de door de wetgever in de (wettelijke) disculpatieregeling opgenomen criteria.¹³⁶⁸

Destijds, in 1930, stuitte het voorstel tot codificatie van avas bij Pompe op bezwaren. Hij stelde dat het in de wet neerleggen van 'afwezigheid van alle schuld' met een onduidelijke term als 'schuld' niets toevoegde, maar wel gevaarlijk was:

'Gezien de onzekerheid ten aanzien van den term schuld zelf, en gezien de vele moeilijkheden, welke men den rechter op zijn hals gaat schuiven, acht ik aanvulling gevaarlijk.'¹³⁶⁹

Volgens Pompe was de wetgever pas aan zet, wanneer de omvang en het bereik van avas in de rechtspraak waren uitgekristalliseerd. Anders dan Vrij meende Pompe dat de geldigheid van avas niet voortkwam uit het rechtsgevoel, maar uit het rechtsbeginsel 'geen straf zonder schuld' dat volgens hem aan het Nederlandse strafrecht ten grondslag lag. Dat schuld een voorwaarde was voor het opleggen van een straf, lag volgens hem in het Wetboek van Strafrecht besloten, ook al bleek dat niet met zoveel woorden uit de wet. Daarom was codificatie van avas volgens hem behalve 'gevaarlijk', ook 'onnodig':¹³⁷⁰

'Aan ons wetboek ligt dus ten grondslag de gedachte: geen straf zonder schuld. De Hooge Raad zal, hoop ik, binnen korten tijd tot een explicite, uitdrukkelijke verklaring van dezen regel komen (...). Dan zal er geen reden meer zijn om gevaarlijke en onduidelijke bepalingen in de wet op te nemen. Wij kunnen rustig afwachten, totdat de zaak geregeld is in de rechtspraak. Het is besloten in ons wetboek en niet alles behoeft expliciet in de wet te staan.'¹³⁷¹

Aan de bezwaren van Pompe lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat een wettelijke bepaling de rechter alleen maar zou kunnen hinderen. Het vertrouwen dat Pompe in het rechtsvindende vermogen van de rechter stelt, past binnen de rechtscultuur die in Nederland is ontstaan. Toen de Code pénal in de negentiende eeuw als te streng en te rigide werd ervaren, kreeg de strafrechter via het Souverein Besluit van 11 december 1813 alle ruimte om de straf af te stemmen op wat Pols 'de rechtsovertuiging van het volk' noemde. Bewust de rechter zoveel mogelijk vrijheid laten, werd daardoor onderdeel van de rechtscultuur. Het pleidooi van Pompe om

¹³⁶⁸ Keupink 2011, p. 405-406.

¹³⁶⁹ NJV 1930, p. 92.

¹³⁷⁰ Zie een eerdere opmerking van Pompe tijdens de NJV-vergadering: 'Ik acht het onnodig, dat in het Wetboek van Strafrecht een algemeen beginsel wordt opgenomen waarbij de strafbaarheid wordt uitgesloten bij gebreke van schuld.' NJV 1930, p. 86.

¹³⁷¹ NJV 1930, p. 96.

het uitwerken van afwezigheid van alle schuld aan de rechtspraak over te laten, past bij die traditie.

Ook de ruime opvatting van het schuldbeginnsel past, in mijn ogen, bij de Nederlandse rechtscultuur, en is een gevolg van de Nederlandse (strafrechts) geschiedenis. De hoogte van de drempel voor aansprakelijkheid wordt mede bepaald door de waarde die door het rechtsgevoel aan het schuldbeginnsel wordt toegekend. Dit kan ertoe leiden dat de drempel voor aansprakelijkheid soms hoger uitvalt dan gezien het EVRM juridisch noodzakelijk is. Die hogere drempel voor aansprakelijkheid als gevolg van rechtsgevoel en rechtscultuur is – vanuit een juridisch perspectief – een keuze.

Hoewel de wetgever (nog) geen aanstalten maakt om het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in het Wetboek van Strafrecht op te nemen, heeft hij dat ten aanzien van de bestuurlijke boete wel gedaan. Met betrekking tot de bestuurlijke boete is in art. 5:41 Awb het schuldbeginnsel gecodificeerd. Op grond van deze bepaling wordt geen boete opgelegd als de verwijtbaarheid ontbreekt:

‘Art. 5:41 Awb

Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.’

In de Memorie van Toelichting wordt met zoveel woorden gesteld dat met deze bepaling is beoogt het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ voor de bestuurlijke boete vast te leggen:

‘Deze bepaling beoogt het beginsel «geen straf zonder schuld» ook voor bestuurlijke boeten te codificeren. (...) Net als bij strafrechtelijke overtredingen is schuld in de zin van verwijtbaarheid bij bestuursrechtelijk gesanctioneerde overtredingen doorgaans geen bestanddeel van het delict. Dit betekent dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet behoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Dit laat echter onverlet, dat ook in deze gevallen het beginsel «geen straf zonder schuld» geldt (...). Om aan het opleggen van een boete te ontkomen, zal de overtreder dan echter een beroep moeten doen op afwezigheid van alle schuld, en deze afwezigheid aannemelijk moeten maken.»¹³⁷²

Tijdens de behandeling van de Vierde Tranche in de Tweede Kamer was het kamerlid Wolfsen zeer kritisch over de vaagheid van de voorgestelde bepaling, met name gezien in relatie tot de strafuitsluitingsgronden in het strafrecht:

¹³⁷² Kamerstukken II 2003-2004, 29702, nr. 3 (MvT), p. 134.

‘Er wordt nu een strafrechtelijke buitenwettelijke schulditsluitingsgrond gecodificeerd en dus in de wet opgenomen: geen straf zonder schuld. “Schuld” wordt dan uiteraard bedoeld in de zin van “verwijtbaarheid”. In de toelichting staat dat ook de klassieke schulditsluitingsgronden – ontoerekeningsvatbaarheid, noodweerexces en dat soort gronden – daar “zo nodig” onder kunnen worden gebracht. Het is heel gek dat dat soort vrij belangrijke bepalingen zo vaag worden opgenomen in dit wetsvoorstel.’¹³⁷³

Ook in het op 15 februari 2014 in werking getreden Wetboek van Strafrecht van Aruba is gekozen voor het opnemen in de wet van de verschoonbare feitelijke dwaling, de verschoonbare rechtsdwaling en het beginsel ‘geen straf zonder schuld’:

‘Art. 1:115 Sr (Aruba)

Niet strafbaar is hij die een gedraging pleegt:

- a. die hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet kan worden toegerekend;
- b. waartoe hij door psychische overmacht wordt gedrongen;
- c. die door het onmiddellijk gevolg van een hevige gemoedsbeweging door een wederrechtelijke aanranding veroorzaakt, de grenzen van de noodzakelijke verdediging tegen de ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding van lijf, eerbaarheid of goed van hem of een ander overschrijdt;
- d. indien hij te goeder trouw kan menen dat hij handelt ter uitvoering van een rechtmatig gegeven ambtelijk bevel, waarvan de nakoming binnen zijn kring van zijn ondergeschiktheid is gelegen;
- e. indien hij handelt ten gevolge van verontschuldigbare dwaling met betrekking tot de feiten of het recht;
- f. indien bij hem alle schuld daaraan ontbreekt.’¹³⁷⁴

Ter toelichting schrijft Murray, destijds lid van de Commissie Herziening Wetboek van Strafrecht van de Nederlandse Antillen en Aruba, dat het Nederlandse Wetboek van Strafrecht het uitgangspunt was. De Commissie heeft dat wetboek aangepast aan de ‘Nederlands-Antiliaanse samenleving en de daarin gewortelde cultuur’. Daarnaast is de tekst hier en daar verbeterd en is jurisprudentie in het wetboek verwerkt.¹³⁷⁵

¹³⁷³ Handelingen II 2006-2007, 77, p. 4065; de Minister besteedt in zijn antwoord geen aandacht aan dit specifieke punt, maar gaat wel uitgebreid in op de ‘complementariteit tussen het strafrecht en het bestuursrecht’, Handelingen II 2006-2007, 77, p. 4067-4068.

¹³⁷⁴ Het Arubaans Wetboek van strafrecht trad in werking op 15 februari 2014 (AB 2014, nr. 12, de vastgestelde tekst werd eerder al gepubliceerd in AB 2012, 24). Art. 1:115 komt overeen met art. 1.4.2 zoals voorgesteld door de Herzieningscommissie, zie De Doelder 2008, p. 64.

¹³⁷⁵ Murray 2009, p. 113 e.v. Het ontwerp Wetboek van Strafrecht voor de Nederlandse Antillen en Aruba is uiteindelijk gesplitst en per koninkrijksdeel apart aangenomen, De Doelder

Over het opnemen van de verschoonbare feitelijke dwaling en de verschoonbare rechtsdwaling in het wetboek stelde De Doelder, voorzitter van de herzieningscommissie:

‘Hierboven noemde ik bekende en bejaarde arresten [het Water en melk-arrest en het Motorpapieren-arrest] om aan te geven dat deze schulduitsluitingsgrond eigenlijk al een vast onderdeel uitmaakt van ons strafrechtelijk stelsel. Het is daardoor des te opmerkelijker dat deze grond tot dusverre niet is gecodificeerd.’¹³⁷⁶

Bij het opnemen van de algemene bepaling over afwezigheid van alle schuld, had De Doelder in eerste instantie vooral de maximaal te vergen zorg voor ogen. Dat geval paste niet goed onder dwaling, maar was wel een geval van afwezigheid van alle schuld, vanwege het beginsel ‘geen straf zonder schuld’:

‘[W]e denken aan een onderdeel, waarin wordt gesteld, dat hij, die een gedraging verricht terwijl bij hem alle schuld daaraan ontbreekt, niet strafbaar is. Op basis van een van de grondbeginselen van ons strafrecht, namelijk dat het niet aangaat om iemand te straffen voor iets waar hem geen verwijt van valt te maken, is de rechter ertoe gekomen om totaal schuldeloze wetsovertreding ongestraft te laten.’¹³⁷⁷

Deze twee voorbeelden van wettelijke bepalingen die het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ in de wet vastleggen, laten zien dat er verschillende redenen kunnen zijn voor codificatie. En hoewel de stelling van Pompe dat het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ al in het wetboek besloten ligt, ruim 80 jaar later nog steeds kan worden verdedigd, is er wel iets veranderd. Zo is de Nederlandse samenleving veranderd in wat De Hullu noemt ‘een efficiëntie- en effectiviteitscultuur’.¹³⁷⁸ Die slag naar efficiëntie en effectiviteit werd onder andere zichtbaar in de ontwikkeling van de kentekenaansprakelijkheid, een aansprakelijkheidsconstructie die volgens verschillende auteurs in strijd was met het schuldbeginsel, maar niet onverenigbaar bleek met de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Door de flexibele drempel voor aansprakelijkheid die voortvloeit uit de jurisprudentie van het EHRM, komt het pleidooi van Pompe in een ander licht te staan.

2008, p. 3-4 en website commissie (http://www.esl.eur.nl/home/international_cooperation/erasmus_center_for_penal_studies_ecps/)

¹³⁷⁶ De Doelder 2008, p. 62.

¹³⁷⁷ De Doelder 2008, p. 62-63, idem Murray 2009, p. 122-123, anders Keupink 2011, p. 405-406, die juist pleit voor een afzonderlijke, op de maximaal te vergen zorg toegesneden bepaling.

¹³⁷⁸ De Hullu 2012, p. 277-278

De Nederlandse opvatting van het schuldbeginnel is gebaseerd op rechtsgevoel en rechtscultuur en staat betrekkelijk los van de normering die voortvloeit uit de rechtspraak van het EHRM. De Europese benadering van het schuldbeginnel kan leiden tot een misschien als ongewenst ervaren relativering van de ruime, Nederlandse opvatting van het schuldbeginnel. De minimale drempel voor aansprakelijkheid kan op grond van het EVRM in bepaalde gevallen lager zijn dan in Nederland aanvaardbaar wordt gevonden. Om de ruime opvatting van het schuldbeginnel en de Nederlandse rechtscultuur te beschermen zou een argument voor codificatie van (bepaalde aspecten van) het schuldbeginnel (her)overwogen kunnen worden. Eerder werd de Nederlandse rechtscultuur beter beschermd door codificatie achterwege te laten, maar anno 2015 wordt die rechtscultuur misschien wel beter beschermd door bepaalde onderdelen van het schuldbeginnel wel in de wet vast te leggen.

Het rechtscultuurargument kent wat dat betreft twee kanten: de ruime opvatting van het schuldbeginnel is een gevolg van de Nederlandse rechtscultuur waarin de rechter door ruim geformuleerde bepalingen (onder andere voor strafvermindering en strafuitsluiting) veel vrijheid kreeg, maar om die rechtscultuur te beschermen, zouden bepaalde onderdelen van die rechtscultuur nu misschien juist wel in de wet moeten worden vastgelegd.

4.3. Bewijsconstructies bij ernstige strafbare feiten

Daarnt werd al opgemerkt dat De Hullu heeft geconstateerd dat de Nederlandse samenleving steeds meer ‘een efficiëntie- en effectiviteitscultuur’ is geworden.¹³⁷⁹ Dat beïnvloedt ook de ‘werkelijke waarde’ van het schuldbeginnel, stelde hij:

‘In dit verband valt nogal eens te signaleren dat de eigen verantwoordelijkheid van de verdachte voor het aannemelijk maken van zijn onschuld wordt benadrukt. Bij ruime, normatief geformuleerde delictsomschrijvingen kan een soort omkering van de bewijslast plaatsvinden, terwijl over hedendaagse strafbaarstellingen wel wordt gesteld dat opzet en schuld er niet prominent in worden verwerkt. En wanneer algemene ervaringsregels en algemene normen voor criteriumfiguren bij het bewijs van opzet en schuld belangrijk zijn, dan bepaalt een duidelijke, goed gemotiveerde en gespecificeerde ontkenning van opzet of schuld door de verdachte mede de vereisten voor de bewijsmotivering. (...) In het moderne recht staat doelmatigheid als zelfstandige waarde immers voorop. Dat uit zich in soberheid en ‘ruimte’ bij delictsomschrijvingen, in

¹³⁷⁹ De Hullu 2012, p. 277-278

praktische bewijsregels en bewijsstandaarden en in een zekere standaardisering van sanctie-oplegging.¹³⁸⁰

Eerder kwam al een voorbeeld van een praktische bewijsregel aan de orde, toen de ontwikkeling van de voorbedachte raad werd besproken (hiervoor in paragraaf 2.3). Deze bespreking liet zien dat voorbedachte raad tot voor kort op basis van tijdsverloop werd aangenomen. Het is de vraag of die benadering, gezien de belangen die er op het spel staan voor de verdachte, voldoende recht deed aan de *importance of what is at stake*. De ontwikkeling in de jurisprudentie van de Hoge Raad richting een benadering van de voorbedachte raad waarbij de nadruk meer komt te liggen op wat de verdachte werkelijk heeft gedacht en heeft gewild, is voor het realiseren van het schuldbeginsel positief.

De Hoge Raad heeft de laatste jaren niet alleen aanvullende motiveringseisen gesteld ten aanzien van de voorbedachte raad. Er zijn meer (hulp)regels voor het bewijs van subjectieve bestanddelen ontwikkeld in de jurisprudentie. Doorgaans perken die hulpregels het bereik van deze bestanddelen in. In het bekende Porsche-arrest beperkte de Hoge Raad het bereik van het voorwaardelijk opzet door te overwegen:

‘In gevallen als het onderhavige, dat zich hierdoor kenmerkt dat de gebezigde bewijsmiddelen nopen tot de gevolgtrekking dat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen, dient de rechter evenwel in zijn oordeel te betrekken dat — behoudens aanwijzingen voor het tegendeel — naar ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden, en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen, eveneens op de koop toe neemt.

Gelet op het evenoverwogene en in aanmerking genomen dat de gebezigde bewijsmiddelen inhouden dat de verdachte meermalen — kennelijk om een botsing te vermijden — een ingezette inhaalmanoeuvre heeft afgebroken vooraleer de in de bewezenverklaring bedoelde fatale inhaalmanoeuvre uit te voeren, hetgeen er op wijst dat althans in de voorstelling en naar de verwachting van de verdachte laatstbedoelde manoeuvre niet tot een botsing zou leiden, behoeft de bewezenverklaring, in het bijzonder voorzover daarbij is aangenomen dat verdachtes opzet was gericht op de dood van de slachtoffers, nadere motivering.¹³⁸¹

¹³⁸⁰ De Hullu 2012, p. 277-278.

¹³⁸¹ HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 m.nt. 't Hart (Porsche).

Ook met betrekking tot het bewijs van het bestanddeel schuld heeft de Hoge Raad aanvullende eisen geformuleerd. In 2005 overwoog de Hoge Raad dat voor het bewijs van een aanmerkelijke mate van verwijtbare onoplettendheid of onvoorzichtigheid in het algemeen niet meer kan worden aangegeven dat één verkeersovertreding voldoende kan zijn voor het bewezenverklaren van schuld. Uit het arrest Geervliet blijkt dat de Hoge Raad daarbij verschillende factoren relevant achtte:

‘In cassatie kan slechts worden onderzocht of de schuld aan het verkeersongeval in de zin van art. 6 Wegenverkeerswet 1994, in het onderhavige geval de bewezenverklaarde aanmerkelijke onoplettendheid en/of onachtzaamheid, uit de door het Hof gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Daarbij komt het aan op het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.

Dat brengt mee dat niet in zijn algemeenheid valt aan te geven of één verkeersovertreding voldoende kan zijn voor de bewezenverklaring van schuld in de zin van evenbedoelde bepaling. Daarvoor zijn immers verschillende factoren van belang, zoals de aard en de concrete ernst van de verkeersovertreding en de omstandigheden waaronder die overtreding is begaan. Voorts verdient opmerking dat niet reeds uit de ernst van de gevolgen van verkeersgedrag dat in strijd is met één of meer wettelijke gedragsregels in het verkeer, kan worden afgeleid dat sprake is van schuld in vorenbedoelde zin.¹³⁸²

In 2008 benadrukte de Hoge Raad nog eens dat aan het bewijs van schuld als bestanddeel aanzienlijke motiveringseisen worden gesteld. Het bestanddeel schuld (culpa) betreft een ‘aanmerkelijke mate van schuld’. Een ‘momentane onoplettendheid,’ zoals Vellinga de onoplettendheid van de verdachte in zijn conclusie omschreef, was (ook) naar het oordeel van de Hoge Raad niet voldoende om een aanmerkelijke mate van onoplettendheid bewezen te kunnen verklaren:

‘Anders dan het Hof kennelijk heeft geoordeeld, kan uit de enkele omstandigheid dat de verdachte, toen hij zich vergewiste van mogelijk naderend verkeer, de motorrijdster aan wie hij voorrang diende te verlenen niet heeft gezien hoewel deze voor hem wel zichtbaar moet zijn geweest, niet volgen dat de verdachte, zoals is bewezenverklaard ‘aanmerkelijk onoplettend en met aanmerkelijke verwaarlozing van de te dezen geboden zorgvuldigheid heeft gereden’. De bewezenverklaring is derhalve niet naar de eis der wet met redenen omkleed.¹³⁸³

¹³⁸² HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252 m.nt. Knigge (Geervliet).

¹³⁸³ HR 29 april 2008, NJ 2008, 440.

Ten aanzien van de roekeloosheid stelt de Hoge Raad eisen waardoor van roekeloosheid niet snel sprake is:

‘[D]at deze roekeloosheid in de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis als “de zwaarste vorm van het culpose delict” wordt aangemerkt die tot onder meer een verdubbeling van het maximum van de op te leggen vrijheidsstraf heeft geleid. Mede met het oog op het strafverhogende effect van dit bestanddeel moeten daarom aan de vaststelling dat sprake is van roekeloosheid, dus de zwaarste vorm van schuld, bepaaldelijk eisen worden gesteld en dient de rechter in voorkomende gevallen daaraan in zijn motivering van de bewezenverklaring nadere aandacht te geven. Dat geldt ook in de gevallen waarin de roekeloosheid in de kern bestaat uit de in art. 175, derde lid, WvW 1994 omschreven gedragingen, nu die gedragingen grond vormen voor een verdere verhoging van het ingevolge het tweede lid van dat artikel voor roekeloosheid geldende strafmaximum.

In het licht van het voorafgaande schiet de motivering van het Hof tekort. De door het Hof genoemde omstandigheden dat de verdachte ‘s nachts op een vrij smalle, onverlichte weg buiten de bebouwde kom met onbelemmerd uitzicht aanmerkelijk sneller heeft gereden dan ter plaatse was toegestaan en met onverminderde snelheid tegen een voor hem op die weg rijdende bromfietster is gebotst, en voorts dat hij ondanks een waarschuwing van zijn moeder was gaan rijden terwijl hij ‘opgefokt’ was en alcoholhoudende drank had gedronken, zouden toereikend kunnen zijn voor het oordeel dat de verdachte - zoals hem onder 1 primair eveneens is tenlastegelegd - “zeer, althans aanmerkelijk onoplettend, onvoorzichtig, onachtzaam” heeft gereden, maar zij zijn niet zonder meer toereikend voor het oordeel van het Hof dat de verdachte “roekeloos” in de zin van art. 6 in verbinding met art. 175 WvW 1994 heeft gereden. Zonder nadere motivering valt voorts niet in te zien hoe de door het Hof in zijn nadere bewijsoverweging genoemde recidive van de verdachte aan de bewezenverklarde roekeloosheid van diens rijgedrag heeft bijgedragen.¹³⁸⁴

De Hoge Raad benadrukt hier, net als in de arresten over voorbedachte raad, dat het bewezen verklaren van roekeloosheid leidt tot een aanzienlijke strafverzwaring en dat dat een uitgebreide(re) motivering vereist. In een arrest uit 2013 heeft de Hoge Raad die eisen nog verder toegelicht:

‘Het voorgaande brengt mee dat de vraag of in een concreet geval sprake is van roekeloosheid in de zin van art. 175, tweede lid, WvW 1994 een beoordeling

¹³⁸⁴ HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU2016.

vergt van de specifieke omstandigheden van dat geval. De Hoge Raad kan bij het beoordelen van cassatieberoepen die zich richten tegen beslissingen in concrete gevallen, slechts tot op zekere hoogte duidelijkheid verschaffen omtrent de inhoud van het begrip roekeloosheid. Bij die toetsing in cassatie van beslissingen in concrete gevallen kan een rol spelen of de rechter zijn oordeel dat sprake is van roekeloosheid in de zin van art. 175, tweede lid, WvW 1994, heeft voorzien van een nadere motivering die recht doet aan het bijzondere karakter van roekeloosheid. Van roekeloosheid als zwaarste, aan opzet grenzende, schuldvorm zal immers slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn. Daarbij verdient opmerking dat “roekeloosheid” in de zin van de wet een specifieke betekenis heeft die niet noodzakelijkerwijs samenvalt met wat in het normale spraakgebruik onder “roekeloos” – in de betekenis van “onberaden” – wordt verstaan.

Om tot het oordeel te kunnen komen dat in een concreet geval sprake is van roekeloosheid in de zin van art. 175, tweede lid, WvW 1994, zal de rechter zodanige feiten en omstandigheden moeten vaststellen dat daaruit is af te leiden dat door de buitengewoon onvoorzichtige gedraging van de verdachte een zeer ernstig gevaar in het leven is geroepen, alsmede dat de verdachte zich daarvan bewust was, althans had moeten zijn.¹³⁸⁵

Door deze aanvullende (motiverings)eisen vormt het bewezenverklaren van een subjectief bestanddeel een aanzienlijke drempel voor aansprakelijkheid. Dit sluit, wat men verder van de benadering van elk van deze leerstukken wellicht ook vindt, goed aan op de jurisprudentie van het EHRM over de onschuldpresumptie, omdat het bewezen verklaren van een strafbepalend bestanddeel zoals schuld, roekeloosheid of opzet tot een aanzienlijke of aanzienlijk zwaardere (vrijheids)straf kan leiden.

In dat licht valt op dat de aansprakelijkheid van de medepleger voor gedragingen van zijn mededader soms op een (zeer) globaal opzet wordt gebaseerd. Een voorbeeld daarvan is de schietpartij in café Bacchus waarbij de broer van de verdachte met het pistool van de verdachte door de dichte deur van het café schiet en zo meerdere mensen om het leven brengt.¹³⁸⁶ Knigge en recnter, Postma bekritiseerden de wijze waarop ‘onder het mom van opzet’ de gedragingen van de mededader aan de medepleger werden toegerekend. Zoals de uitspraak in Haxhishabani tegen Luxemburg laat zien, zou dat ook anders kunnen.¹³⁸⁷

¹³⁸⁵ HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:960 (Twee messteken).

¹³⁸⁶ Zie ook par. 2.5 van dit hoofdstuk.

¹³⁸⁷ Keijzer ziet dit heel anders blijkens zijn annotatie bij EHRM 20 januari 2011 (Haxhishabani tegen Luxemburg) NJ 2012/272 m.nt. Keijzer.

Terwijl Haxhishabani wel het brein achter de overval was, kon niet bewezen worden dat hij direct betrokken was geweest bij de doodslag van de weduwe. Toch werd hij veroordeeld voor diefstal gepleegd met een doodslag om die diefstal te vergemakkelijken, omdat de doodslag op de weduwe hem volgens de Luxemburgse rechters kon worden toegerekend op basis van zijn rol in de totstandkoming en uitvoering van het delict.

In zijn recent verdedigde dissertatie doet Postma een voorstel voor het expliciteren van de toerekeningsbeslissing bij medeplegen aan de hand van een ‘drietrapsraket’. In het door hem voorgestelde algemene model voor aansprakelijkheid van de medepleger wordt de toerekeningsbeslissing gebaseerd op drie factoren: samenwerking, causaliteit en schuldverband.¹³⁸⁸

In de Nijmeegse scooterzaak lijkt de Hoge Raad een eerste stap in de door Postma en Knigge voorgestelde richting te zetten door meer de nadruk te leggen op het gezamenlijke plan:

‘In een geval als het onderhavige, waarin het verweten medeplegen van een met de vlucht verband houdend misdrijf is voorafgegaan door het mogelijk daarmee samenhangende medeplegen van een ander strafbaar feit, is geenszins uitgesloten dat de voor het medeplegen van dat misdrijf relevante samenwerking reeds vóórdien – in het onderhavige geval: in het kader van het medeplegen van de voorbereiding van de overval – is ontstaan.

Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat de wijze waarop de beide verdachten met de scooter zijn gevlucht, niet als een zó waarschijnlijke mogelijkheid besloten lag in de eerdere nauwe en bewuste samenwerking met het oog op de voorgenomen overval, dat ook wat betreft die vlucht zo bewust en nauw is samengewerkt dat van medeplegen kan worden gesproken. Gelet op de vaststellingen en overwegingen van het Hof, in het bijzonder wat betreft de voorbereiding van de overval en de directe reactie op het waarnemen van een politie-auto, is dat oordeel niet zonder meer begrijpelijk.¹³⁸⁹

Uit de uitspraak in Haxhishabani tegen Luxemburg blijkt dat toerekening van de handelingen van een mededader aan een medepleger, mits voorzien van een uitgebreide motivering, op grond van het EVRM niet problematisch zou zijn. Vanuit Straatsburgs perspectief zou een benadering waarin de aansprakelijkheid van de medepleger (gedeeltelijk) wordt gebaseerd op toerekening, zoals voorgesteld door Knigge en Postma, waarschijnlijk zelfs de voorkeur hebben boven de in Nederland

¹³⁸⁸ Postma 2014, p. 271 e.v., zie ook p. 301 e.v.

¹³⁸⁹ HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964, conclusie Knigge 29 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1080.

gebruikelijke constructie via een globaal opzet. Door een globaal opzet aan te nemen wordt niet zichtbaar wat er werkelijk gebeurt: dat er gedragingen van een mededader aan een medepleger worden toegerekend. In Haxhishabani tegen Luxemburg benadrukt het Hof het belang van helderheid en duidelijkheid over de gronden waarop iemands aansprakelijkheid is gebaseerd. Een benadering waarin aansprakelijkheid al of niet wordt gebaseerd op toerekening, maar waarbij steeds de grondslag voor aansprakelijkheid expliciet wordt gemotiveerd, sluit daar bij aan.

4.4. Slotopmerking

Samenvattend stel ik in de eerste plaats voor om codificatie van de schulduitsluitingsgrond *avas* (opnieuw) in overweging te nemen. Op het eerste gezicht druist codificatie van *avas* in tegen de Nederlandse rechtscultuur. Dankzij die rechtscultuur waarin de rechter, door ruim geformuleerde bepalingen, veel vrijheid kreeg, kon de ruime opvatting van het schuldbeginsel ontstaan en zich verder ontwikkelen. Maar continuering van deze ruime opvatting van het schuldbeginsel is er bij gebaat dat deze ruime opvatting nu juist wel in de wet wordt vastgelegd. In het licht van de jurisprudentie van het EHRM en de ontwikkeling van het strafrecht naar een op efficiëntie en effectiviteit gericht handavingsinstrument is de ruime opvatting van het schuldbeginsel en de daarbij horende ruime rechtsbescherming niet meer vanzelfsprekend. Vanuit het EVRM zal er in bepaalde gevallen geen bezwaar zijn tegen een aansprakelijkheidsdrempel die lager ligt dan in Nederland aanvaardbaar wordt gevonden. Juridisch gezien is het schuldbeginsel één van de belangen in de belangenafweging die het Hof maakt. Codificatie van *avas* legt een bepaalde drempel wettelijk vast en geeft de rechter daardoor meer houvast bij het realiseren van de ruimere opvatting van het schuldbeginsel.

In de tweede plaats is aandacht besteed aan de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering van subjectieve bestanddelen, zoals voorbedachte raad en roekeloosheid. Het bewezen verklaren van een dergelijk bestanddeel kan tot het opleggen van een aanzienlijke vrijheidsstraf leiden. Dat maakt dat aan het belang van een begrijpelijke en inzichtelijke grondslag voor aansprakelijkheid meer gewicht toekomt. Dit vertaalt zich onder andere in motiveringseisen. In het licht van de *importance of what is at stake* heeft een benadering waarin zo duidelijk en zo helder mogelijk de gronden uiteen worden gezet waarop iemand aansprakelijk wordt gehouden, de voorkeur. De manier waarop medeplegen op basis van globaal opzet wordt gemotiveerd, schiet in dat opzicht mogelijk tekort, terwijl de ontwikkeling in de jurisprudentie van voorbedachte raad juist positief te waarderen is.

Het EVRM verplicht ons juridisch gezien niet tot een bepaalde uitwerking van het schuldbeginsel. Op grond van de Nederlandse rechtscultuur heeft een wettelijk kader waarin de subjectieve bestanddelen (schuld, roekeloosheid,

opzet, voorbedachte raad) expliciet omschreven worden, dat een royaal stelsel van strafuitsluitingsgronden kent en waarin de rechter een grote vrijheid bij de straftoemeting wordt gelaten, de voorkeur. In dat licht zou de karakteristiek van het Nederlandse strafrecht als schuldstrafrecht zich nog wel duidelijker kunnen manifesteren; deels via de wet door het schuldbeginsel daarin vast te leggen en deels via jurisprudentie door uitgebreidere eisen aan het bewijs van opzet danwel explicitering van de gronden voor toerekening. Een dergelijke verduidelijking biedt uiteindelijk meer helderheid over de rol, het gewicht en de werkelijke waarde van het schuldbeginsel in het Nederlandse strafrecht dan de huidige opvatting van het schuldbeginsel 'in zijn algemeenheid en ongespecificeerdheid' doet.¹³⁹⁰

¹³⁹⁰ Vgl. De Hullu 2012, p. 277.

Bijlagen

Abstract

The focus in this thesis is on the Dutch approach to the guilt principle. In Dutch criminal law this approach is reflected in the fault elements in the definitions of offences, in the principle ‘no punishment without culpability’, and in the defences - especially the unwritten defence ‘absence of all blameworthiness’ (*afwezigheid van alle schuld*) - and the rule ‘punishment to the degree of fault’. The central research question is whether the Dutch approach of the guilt principle should be adjusted in light of the history of Dutch criminal law and case law of the European Court of Human Rights (ECtHR). This study consists of three components: an exploration of the history of Dutch criminal law, a description of the developments relating to the liability of car owners for petty offences and an analysis of the case law of the ECtHR relating to art. 6 paragraph 2 of the ECHR, the presumption of innocence.

First, the origin of the Dutch approach to the guilt principle was explored. As a starting point we chose 1811. From 1811 to 1886 the French Penal Code (Code pénal, CP) from 1810 was in force in the Netherlands. This meant trial by jury, minimum penalties for each offence, and penalties could only be mitigated if the Code pénal provided legal grounds (art. 65 CP). As a result the court was limited in its ability to consider the guilt of the convicted in its verdict. According to French doctrine an offence consisted of ‘*materialité*’ (actus reus) and ‘*moralité*’ (mens rea). One of the early French scholars, Rossi, explained why certain grounds excluded liability while other grounds only mitigated penalties. He concluded that a form of emergency (*force majeure*) and an excusable error of fact, which were not recognized as defences in the Code pénal, should lead to acquittal.

For the Netherlands, the French criminal law was important because it was the first codification in force for a period of 75 years. William the first amended the criminal law on several points through Royal Decrees. The Decree of 11 December 1813 (known in Dutch as the Gesel- and worgbesluit) is the most famous. The main changes concerned the penal system. He added non-specific mitigating circumstances. As a result, the court had more opportunities to apply a penalty consistent with the culpability of the offender. Through these mitigating circumstances the Dutch

judiciary developed a typical Dutch application of the French penal Code over the years.

The Dutch Penal Code (*Wetboek van Strafrecht*) that came into force in 1886 meant a break with French criminal law of the nineteenth century. In offences the fault elements – intent or negligence – were included in the description of the offence. In general the Dutch Code offered the court more discretion and flexibility for the general defences and a general minimum penalty of one day. Whereas the guilt principle was reflected in the descriptions of the crimes, this was not the case for the misdemeanours. The liability for the latter was based on the doctrine of material fact. That doctrine was criticized in the literature, particularly by Simons. In the *Water and Milk case* (HR 14-2-1916, NJ 1916, p. 861) the Supreme Court stated there is no reason to adopt criminal liability in the absence of all blameworthiness. That would be against the sense of justice and the principle – honoured in criminal law – of no punishment without culpability. Therefore, the servant who delivered the milk was not liable, because he did not know that water was added to the milk.

The next step in the evolution of the guilt principle was Vrij's preliminary advice to the Dutch Lawyers Association (*NJV*) in 1930. He studied what culpability could be required and how this guilt requirement could best be integrated into the legal system and structure of the offence. He suggested codification of two forms of excusable error (error of fact and error of law) as defences which result in a discharge. During the meeting where Vrij's advice was discussed, Pompe made his opposition clear; he stated that it was not necessary and even dangerous to codify everything in the law. To date, the defence 'absence of all blameworthiness' has been generally accepted and its definition has broadened over the years to include unavoidable error/mistake in fact or in law and also a defence based on maximum of care.

Next, the development of the liability for speeding offences committed by an unknown driver was described. In the Netherlands, the guilt principle has played a major role in the development of this liability. Through this liability the registered owner is held liable for traffic offences committed by an unknown driver. The first form of this liability was present in the *Motor Vehicle and Bicycle Act* (*Motor en Rijwielwet, MRW*) from 1905. The owner or keeper of the vehicle was liable for the traffic offence if the identity of the driver is unknown, unless he proves that the car was used against the will of the owner. This provision led to a ruling by the Dutch Supreme Court in the case of the *Autobusdienst*. In this case, the representative of the bus company that owned the bus with which the traffic offence was committed was prosecuted. Due to the specific circumstances of the case, the bus company was unable to disclose the identity of the driver, although they had done everything they

could to identify the driver. The Supreme Court accepted that the accused had to be discharged, based on the absence of all blame.

The MRW was replaced in 1935 by the Road Traffic Act (*Wegenverkeerswet*, WVV). The liability for traffic offences was moved to section 40. In contrast to the MRW, the WVV allows the registered owner to free himself from liability 'only if' the car was used against his will (art. 40 paragraph 2 of the WVV). The Supreme Court ruled that the addition of the words 'only if' were intended to exclude other reasons for impunity. This led R Emmelink, Enschede, Langemeijer and Bronkhorst to argue that the liability of section 40 WVV conflicted with the presumption of innocence of art. 6, paragraph 2 of the ECHR. This criticism resulted in an adjustment of section 40 WVV. Consequently the revised section 40 led to enforcement problems. The Dutch legislator finally decided to introduce the act on the Administrative Enforcement of Traffic Regulations (*Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften*, WAHV). For efficiency reasons the available defences were limited to three grounds: theft or joy-riding, unregistered sales or short-term commercial hiring. Despite the administrative label, the fine was – according to Corstens – in essence a criminal penalty. He regretted the dismissal of the guilt principle. Knigge found that the owner of the car could only be blamed for letting someone else drive his car; which was not enough for criminal implications.

Third the case law of the ECtHR on the presumption of innocence of art. 6 paragraph 2 of the ECHR was discussed. A number of limitations and restrictions to the use of presumptions can be derived from the examined cases. In *Salabiaku versus France*, Salabiaku was convicted for the possession of drugs based on a presumption of ownership. The European Court found that the manner in which the presumption was applied by the French court, was within reasonable limits: "It (Art. 6-2 ECHR) requires States to confine them [presumptions of fact or of law provided for in the criminal law] within reasonable limits-which take into account The Importance of what is at stake and maintain the rights of the defense." (ECtHR October 7, 1988, *Salabiaku against France*, para. 28).

The rulings on *Västberga Taxi AB* and *Janosevic versus Sweden* were about the additional tax assessments of *Västberga Taxi Ab* and *Janosevic*. These penalties were imposed without the necessity of proof of bad faith, wilful misconduct or negligence on the part of the taxpayer. The European Court found that it was necessary to base adequate sanctions on inaccuracies in declarations on standard rules. The penalties did not violate the presumption of innocence.

Radio France and others versus France concerned the conviction of the director of the radio station *France Info*. For eighteen hours, several times per hour, a news item was broadcasted in which a former deputy mayor of Paris was wrongly accused

of collaborating with the Germans during World War II. The director had not written or read the news item, but was still liable because he was responsible under law. Although the possibilities for opposition were limited, the conviction was not inconsistent with the presumption of innocence.

Klouvi versus France concerned the conviction of Klouvi for defamation. Her report about sexual intimidation did not result in a prosecution. Therefore, the person who was accused by Klouvi, sued her for defamation. In this second case, the judge could not examine the merits of the first accusation, because the law stipulated that the declaration was incorrect. The law significantly limited the judge's investigation of the facts. This limitation led the ECtHR to rule that the conviction of Klouvi was contrary to the presumption of innocence.

G. versus the United Kingdom concerns the conviction of G. (15) for sexual intercourse with a girl younger than 13, while G. argued the reasonable belief that the girl was 15. In English law error of fact with regard to age was not available in relation to this offence. Despite this, the conviction of G. did not result in the finding of a violation of the presumption of innocence.

In *Goktepe versus Belgium* and *Haxhishabani versus Luxembourg*, Goktepe and Haxhishabani were convicted for robbery combined with homicide, where the homicide was committed in order to facilitate the theft. Goktepe complained about his conviction because he had strongly denied any involvement in the homicide. The Belgium jury had stated in general that the homicide had taken place, and therefore Goktepe was convicted of robbery with homicide. The ECtHR concluded that this conviction was contrary to Art. 6 ECHR, because punishment should be based on the established, individual liability of the defendant. In Luxembourg Haxhishabani was prosecuted and convicted for theft with homicide. In his trial the national court explicitly stated that there was no evidence of Haxhishabani's direct involvement in the homicide. After an extensive hearing, the homicide was still attributed to him. This did not violate the ECHR, according to the ECtHR because the defendant was amply enabled to exercise his rights.

Regarding the liability for speeding offences committed by an unknown driver in several European countries there are two approaches. The difference lies in the basis for the liability (the driver or registered owner) and the means to identify the person responsible. Finally, violations of other rights guaranteed by the Convention to determine the driver's liability cannot be justified by definition. Particularly when the infringement committed is substantial, there may be a violation of art. 8 ECHR (*Buck versus Germany*).

This previous research resulted in a comparison between the approach of the ECtHR and the Dutch approach to the guilt principle. First, the possibility of

a successful appeal on absence of all blameworthiness with regard to sexual offences was examined. The approach of the Dutch Supreme Court in the so-called 'Leeftijdsarresten' was placed beside G. versus the United Kingdom. While the Dutch Supreme Court considers that an appeal to absence of all blameworthiness cannot be excluded, the fact that in the United Kingdom this defence is unavailable with regard to this offence, apparently does not result in a violation of the ECHR.

Another discussion in Dutch criminal law was about the evidence of premeditation. Here, a comparison was made of the approaches in *Haxhishabani* against Luxembourg and *Klouvi* against France. In the Netherlands, between 2000 and 2013 the evidence of premeditation was approached in an objective manner: the statement of a time lapse was sufficient. Proof of premeditation can result in a murder conviction and a life sentence. Thus, there is a lot at stake for a defendant. Whether this way to establish premeditation was in accordance with art. 6 ECHR is questionable. The recently introduced contra-indications offer more opportunity to take into account the interests of the defendant. This appears to be a positive development.

In addition, attention is paid to defences available to a parent prosecuted for the failure to care for regular school attendance of the child under section 2 of the Compulsory Education Act (*Leerplichtwet*). When compared with the findings of the ECtHR in *Radio France* and others versus France, the threshold for criminal liability in relation to duties of care is relatively low: the standard of proof for the defence appears slightly higher than usual, and the Dutch Supreme Court seems to recognize just one defence (prove that the parent cannot be held responsible). Despite the overriding purpose of the penalty, this raises the question whether the interests are properly balanced.

I also looked at the intent required for *medeplegen* (accessory to the fact). In the Netherlands this is usually proven with a global intent, because intent from all co-perpetrators on the act is required. If the perpetrator unexpectedly has deviated from the common plan, the question is whether the co-perpetrator (also) foresaw and accepted this anomaly. In the Netherlands it is common to prove intent in these cases by means of a global and normative reasoning, which – according to Knigge and Postma – deprives the sight of what really happens in establishing the liability of the co-perpetrator. *Haxhishabani* against Luxembourg shows that the ECtHR, under certain conditions, does not object to attributing behaviours, even without it being based on intent.

Based on the above it can be concluded that there seems to be a difference between the Dutch approach and the approach of the ECtHR. For the ECtHR, the central relationship between the interests is key. This could cause less opportunities for conducting a defence. The exclusion of absence of all blameworthiness is also

possible. This offers opportunities for efficient liability structures. On the other hand, the approach of the ECtHR to serious offences demands more attention for the realization of the guilt principle, as in the case of premeditation, where a significant custodial sentence is at stake. This does not exclude liability based on attribution without it being based on the establishment of intent. Another question is whether the room the ECHR offers for efficient liability structures should be used. It could lead to liability structures that do not fit in the Dutch approach to the guilt principle. Codifying the defense absence of all blameworthiness in the law would be a solution. This would clarify and protect the position of the guilt principle in the Dutch criminal law.

Lijst met verkort aangehaalde literatuur

Aler 1982

G.P.A. Aler, De politiebevoegdheid bij opsporing en controle: enige aspecten van de regeling van de dwangmiddelen in het Wetboek van strafvordering en in de bijzondere wetten, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.

Ashworth 2011

A.J. Ashworth, 'United Kingdom', K.J. Heller & M.D. Dubber, *The Handbook of comparative criminal law*, Stanford: Stanford Law Books 2011, p. 531-562.

Ashworth 2006

A. Ashworth, 'Four Threats to the Presumption of Innocence', *The international journal of evidence & proof* 2006, p. 241-279.

Aydalot, Arpaillange & Laederich

M. Aydalot, P. Arpaillange & F.J. Laederich, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, deel 8, Dalloz Encyclopédie juridique (losbl.), Parijs: Dalloz.

Barels 2006

M. Barels, *Hoofdpijnen van de wet Mulder*, Deventer: Kluwer 2006.

Bates 2010

E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its conception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press 2010 (Oxford Scholarship online sept-2011).

Beerling 1970

H.W.R. Beerling, 'Artikel 40 Wegenverkeerswet', *NJB* 1970, p. 1113-1120.

Van Bemmelen & Van Veen 2003

J.M. Van Bemmelen & T.W. Van Veen, D.H. De Jong & G. Knigge (red.), *Ons strafrecht deel 1, het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Benoît-Rohmer & Klebes 2005

F. Benoît-Rohmer & H. Klebes, *Council of Europe law, Towards a pan-European legal era*, Straatsburg: Council of Europe 2005.

Besier 1916,

L. Ch. Besier, 'Schuld bij overtredingen', *Weekblad van het recht*, nr. 10000, 23 oktober 1916, p. 13.

Bilderdijk 1811a

W. Bilderdijk, Code pénal: édition officielle = Wetboek van het strafregt: officieele uitgave, Amsterdam/Rotterdam: J. Allart/Immerzeel en Comp. 1811.

Bilderdijk 1811b

W. Bilderdijk, Code d'instruction criminelle = Wetboek van strafvordering, Amsterdam: J. Allart en Immerzeel 1811.

Van Binsbergen 1950

W.C. van Binsbergen, Algemeen karakter van het crimineel wetboek voor het Koninkrijk Holland, Utrecht: Boekhandel H. de Vroede 1950.

Boek 1995

J.L.M. Boek, Organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland: juridische beschouwingen over het politiestelsel en het politiebureau in historisch perspectief, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Blomsma 2012

J.H. Blomsma, *Mens rea and defences in European criminal law* (diss. Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2012.

Bosch 2011

A.G. Bosch, De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Bosch 1957

J.W. Bosch, 'Nederlandse vertalingen van Franse wetten en werken van Franse juristen in de jaren 1810-1813. Enkele inleidende aantekeningen', *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1957, p. 345-384

Bosch 2005

A.G. Bosch, 'Twee eeuwen codificatiegeschiedenis van het strafrecht in Nederland, met nadruk op buitenlandse invloeden', *Pro Memorie* 2005 p. 287-296.

Bosch 1965

A.G. Bosch, Het ontstaan van het wetboek van strafrecht: aantekeningen over de werkzaamheden van de staatscommissie in 1870 belast met de samenstelling van een ontwerp van een nieuw wetboek van strafrecht Art. 1-91 (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1965.

De Bosch Kemper 1840

J. De Bosch Kemper, Wetboek van strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid, met een bijvoegsel, bevattende formulieren en voorbeelden der ambtsverrigtingen van regter-commissarissen, officieren van justitie, griffiers, hulpofficieren enz., deel 3, Amsterdam: Johannes Müller 1840.

De Bosch Kemper 1838

J. De Bosch Kemper, Wetboek van strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid, met een bijvoegsel, bevattende formulieren en voorbeelden der ambtsverrigtingen van regter-commissarissen, officieren van justitie, griffiers, hulpofficieren enz., deel 1, Amsterdam: Johannes Müller 1838.

Van Boven 2008

M. Van Boven, 'Een Belgisch openbaar ministerie in de Hollandse departementen tijdens de inlijving bij Frankrijk, 1810-1813', *Pro Memorie* 2008 p. 54-72.

Van Boven 1990

M.W. Van Boven, De rechterlijke instellingen ter discussie. De geschiedenis van de wetgeving op de rechterlijke organisatie in de periode 1795-1811, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1990.

Boulloc, Stefani & Levasseur 2008

B. Boulloc, G. Stefani & G. Levasseur, *Procédure pénale*, Paris: Dalloz 2008.

Bourguignon 1825

M. Bourguignon, Jurisprudence des codes criminels et des lois sur la répression des crimes et des délits commis par la voie de la presse et par tous autres moyens de publication faisant suite au manuel d'instruction criminelle, deel 2 en 3, Parijs: Bavoux 1825.

Bronkhorst 1952

C. Bronkhorst, *Overmacht in het strafrecht*, Utrecht/Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1952.

Van der Burg 1961

F.H. Van der Burg, *Preventieve justitie en plaatselijke politie : enige historische en juridische beschouwingen over het begrip politie in het Nederlands recht*, Arnhem: Vuga-Boekerij 1961.

Van der Burg 2009

M. Van der Burg, *Nederland onder Franse invloed: culturele overdracht en staatsvorming in de napoleontische tijd, 1799-1813* (diss Amsterdam UvA), Amsterdam: De Bataafsche Leeuw 2009.

Carnot & Drault 1825

J.F.C. Carnot & J.J. Drault, *Commentaire sur le Code pénal : contenant: la manière d'en faire une juste application, l'indication des améliorations dont il est susceptible, et les dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher. Nouv. édit. avec des remarques sur la législation et la jurisprudence des Pays-Bas en cette matière, depuis leur séparation d'avec la France*, Brussel: De Mat 1825.

Carnot 1812

M. Carnot, *De l'instruction criminelle, considérée dans ses rapports généraux et particuliers avec les lois nouvelles et la jurisprudence de la Cour de Cassation*, deel 2, Parijs: Chez Nêve, Libraire de la Cour de Cassation 1812.

Colenbrander 1927

H.T. Colenbrander, *Vestiging van het Koninkrijk (1813-1815)*, Amsterdam : Meulenhoff 1927.

Dalloz 1829

P.A. Dalloz, *Jurisprudence du XIXe siècle ou Recueil alphabétique des arrêts et décisions des cours de France et des Pays-Bas en matière civile, criminelle, commerciale et administrative. Nouvelle collection entièrement refondue et réunissant les recueils publiés par Sirey et autres, augmentée d'un nombre considérable d'arrêts, et contenant la jurisprudence depuis l'origine de la Cour de Cassation de France, jusqu'en 1825, et la collection complète des arrêts des cours des Pays-Bas*, Deel 14: ENR-EXP. Brussel: H. Tarlier 1829.

Van Dapperen 1991

H.J.M. van Dapperen, *De vrederechter in Nederland 1811-1838* (diss. Rotterdam) Rotterdam: Juridisch Instituut, Erasmus Universiteit Rotterdam 1991.

Van Deinse 1860

A.J. van Deinse, *De algemeene beginselen van strafregt, ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche strafwetgeving*, Middelburg: Altorffer 1860.

Van Deinse 1852

A.J. Van Deinse, *De algemeene beginselen van strafregt, ontwikkeld en in verband beschouwd met de algemeene bepalingen der Nederlandsche strafwetgeving*, Middelburg: Altorffer 1852.

Van Dijk 2008

A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2008.

Van Dijk e.a. 2006

P. van Dijk (red), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.

De Doelder 2008

H. de Doelder (red), *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Dolman 2006

M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Donker Curtius van Tienhoven 1858

W.B. Donker Curtius van Tienhoven, *Een woord van Mr. W.B. Donker Curtius van Tienhoven aan Mr. De Bosch Kemper. Met een kort naschrift aan zijne excellentie den Minister van Justitie*, 's-Gravenhage: De Gebroeders Van Cleef 1858.

Dupont 1993

L. Dupont, 'Strafuitsluitingsgronden en de structuur van het misdrijf in het Belgisch strafrecht. Een preadvies', *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, preadvies Belgische sectie 1993.

Elliott 2011

C. Elliott, 'France', K.J. Heller & M.D. Duker (red.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford: Stanford Law Books 2011 (ebook), p. 209-251.

Faber 1994

S. Faber, 'Cassatierechtspraak in Nederland in civiele en strafzaken 1813-1838', R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

Franke 1989

H. Franke, 'Het bolwerk Schinkel in Amsterdam. De eerste gevangenis van een cellulair mensbeeld', Faber & Van Ruller e.a., *Criminaliteit in de negentiende eeuw*, Hollandse Studiën 22, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1989), p. 51 e.v.

Frielink & Van Kempen 2013

P. Frielink & P.H. van Kempen, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid ingevolge de Leerplichtwet. Over excepties en rechterlijke beoordelingsruimte', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht. Liber amicorum A.J. Machielse*, Deventer: Kluwer 2013.

Gaarthuis 2009

R.S.T. Gaarhuis, 'Voorbedachte raad: een objectief vereiste?', *DD* 2009, p. 1142-1158.

Garraud 1926

R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, deel 4, Parijs: Recueil Sirey 1926.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011.

Gritter 2003

E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht*, Den Haag: BJu, Boom Juridische uitgevers 2003.

Van Hamel 1927

G.A. van Hamel & J.V. van Dijck, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, 's-Gravenhage: Belinfante 1927.

Harris, O'Boyle & Warbrick 2014

D. Harris, M. O'Boyle & C. Warbricke.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Harteveld 2007

A.E. Harteveld, 'Doen plegen', Van der Leij (red.), *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 153-162.

Den Hartog 1992

A. den Hartog, Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen (diss. Groningen), Maklu: Apeldoorn/ Antwerpen 1992.

Van Hattum 2012

W.F. van Hattum, *Non bis in idem: de ontwikkeling van een beginsel* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Van Hattum 2007

W.F. van Hattum, 'Strafproces en feitsbegrip of hoe de inrichting van het strafproces de uitleg van de regel ne bis in idem kleurt', B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af: Liber amicorum D.H. de Jong*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 117-136.

Hennau & Verhaegen 1995,

C. Hennau & J. Verhaegen, *Droit pénal général*, Brussel: Bruylant 1995.

Hoekema 1976

A. Hoekema, *Vergoeding van verkeersschade*, Serie Recht en Praktijk deel 24, Deventer: Kluwer 1976.

Hollander 2013

J. Hollander, *The Incoming Tide. Dutch Reactions to the Constitutionalisation of Europe* (diss. Groningen), 's Hertogenbosch: BOXPress 2013 (Handelseditie: Europa Law Publishing).

Hollander 1932

F. Hollander, 'Afwezigheid van alle schuld', *Weekblad van het Recht* 1932, nr.12417, p. 8.

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.

De Hullu 2006

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006.

De Hullu 2003

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2003.

De Hullu 2000

J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2000.

Janse de Jonge 1987

J.A. Janse de Jonge, 'David Simons (1860-1930)', T.J. Veen en P.C. Kop (red), *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1987, p. 340 e.v.

De Jong 1999

D.H. de Jong, 'Het strafrechtelijke schuldbegrip: ontwikkeling of ontbinding', *DD* 1999, p. 1-6.

De Jong 2009

F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel opzet* (diss. Utrecht), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2009.

De Jong 2013

D.H. de Jong, 'De hoge, de ontbrekende en de voorbedachte raad', in: Dijkstra e.a. (red.), *Het roer recht. Liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

De Jong & Van der Neut 1982

D.H. de Jong en J.L. van der Neut, 'De bescherming in cassatie van de vrijspraak en het ontslag van alle rechtsvervolging', *RM Themis* 1982, p. 228-260.

Jordens 1932

C.G. Jordens, 'Afwezigheid van alle schuld', *Weekblad van het Recht* 1932, nr.12409, p. 8.

Keiler 2013

J. Keiler, *Actus reus and participation in European criminal law* (diss. Maastricht), Cambridge – Antwerpen – Portland: Intersentia 2013.

Kelk 1987

C. Kelk, 'Willem Petrus Joseph Pompe (1893-1968)', T.J. Veen en P.C. Kop (red), *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 345-350.

Kelk & De Jong 2013

C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Keijzer 1987

N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken' in J. Remmelink (red), *Naar eer en geweten, Liber Amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint BV 1987.

Keulen & Knigge 2010

B.F. Keulen en G. Knigge m.m.v. D.H. de Jong, Prof.mr. J.M. van Bemmelen en prof. Mr. Th. W. van Veen, *Ons Strafrecht deel 2 Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Keupink 2011

B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiële strafrecht* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Knigge 2003

G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', M.S. Groenhuijsen, J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen, Liber Amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal publishers 2003.

Laméris-Tebbenhoff Reijnenberg 1998

H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Reijnenberg, Dagvaarding en berechting in aanwezigheid. De Nederlandse betekeningsregeling in rechtshistorisch en Europees perspectief (diss. Groningen), Amsterdam: Thesis Publishers 1998.

Vande Lanotte & Haeck 2005

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Leendertz 1916

A.C. Leendertz, 'Schuld bij overtredingen', *Weekblad van het Recht*, nr. 10000, 23 oktober 1916, p. 13-14.

Van Lennep 1895

H. van Lennep, Een onderzoek naar den rechtsgrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt (Diss. Amsterdam, UvA), Amsterdam: Scheltema & Holkema's boekhandel 1895.

Van Lier 1913

S.E.J.M. van Lier, 'Overtredingen doen plegen', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1913, p. 233-261.

Littré & Devic 1883

E. Littré & L.M. Devic, *Dictionnaire de la langue française*, deel 1 Parijs: Hachette 1883.

Locré 1831

J.G. Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou Commentaire et complément des Codes Français, deel 29, Parijs: Treuttel et Würtz 1831.

Van Luijk 2009

E.H.A. van Luijk, 'De verwijtbare gedraging van de kentekenhouder. Ontwikkeling en totstandkoming van de kentekenaansprakelijkheid in de periode 1900-1940', E. Gitter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Machielse 1986

A.J.M. Machielse, *Noodweer in het strafrecht : een rechtsvergelijkende en dogmatische studie* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Stichting Onderzoek Recht en Beleid 1986.

Melai 1968

A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint-Brouwer 1968.

Melai & Duisterwinkel 1969

A.L. Melai & G. Duisterwinkel, *Het wetboek van strafvordering, verklaard en van aantekeningen voorzien door de afdeling straf- en strafprocesrecht van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit te Leiden onder redactie van A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1969.

Merlin 1826

P.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Ins.-Int., deel 15, Brussel: Tarlier 1826.

Monballyu 2006

J. Monballyu, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*, Leuven/Voorburg: Acco 2006.

Moorman van Kappen 1986

O. Moorman van Kappen, 'Van Alva tot Modderman. Ons nationale wetswetboek in historisch perspectief', J.P. Balkema (red.), *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 15 e.v.

Mulder 1982

A. Mulder, 'Massaliteit van verkeersovertredingen', *Verkeersrecht* 1982, p. 25-28

Murray 2009

M.F. Murray, 'Het nieuwe Wetboek van Strafrecht', *Justitiële Verkenningen* 2009, p. 113 e.v.

De Nauw 2010,

A. de Nauw, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2010.

Neely 2008

S. Neely, *A concise history of the French Revolution*, Lanham: Rowman & Littlefield 2008.

Niemeijer 1975

H. Niemeijer, Het huidige artikel 40 Wegenverkeerswet (Sluitstuk of einde van een vervolgingsbeleid in verkeerszaken?), VR 1975, p. 73-76.

NJV 1930

Handelingen der Nederlandsche Juristen-vereeniging 1930-II, 's Gravenhage: FJ. Belinfante 1930.

Opzoomer 1879

C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk wetboek verklaard, Zesde deel, art. 1349-1416, Amsterdam: J.H. Gebhard & comp. 1879.

Palmer, Colton & Kramer 2007

R.R. Palmer, J.G. Colton & L.S. Kramer, *A history of the modern world*, Boston: McGraw-Hill 2007.

Pols 1879

M.S. Pols, Het bestaan, de ontwikkeling en de tegenwoordige toestand van het Nederlandsche strafrecht (oratie Utrecht), Utrecht: J.L. Beijers 1879.

Pompe 1959

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandsche strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1959.

Pompe 1956

W.P.J. Pompe, Geschiedenis der Nederlandse strafrechtswetenschap sinds de codificatie-beweging, Geschiedenis der Nederlandsche rechtswetenschap ; dl. 2, afl. 3, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1956.

Pompe 1950

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandsche strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1950.

Pompe 1935

W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandsche strafrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1935.

Postma 1999

J.G. Postma, *Behandeling door de raadkamer: haar functie in het Nederlandse strafproces* (diss. Groningen), Amsterdam: Thela/Thesis 1999.

Postma 2014,

A. Postma, *Opzet en toerekening bij medeplegen. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Wolf Legal Publishers 2014.

Van der Pot 2014

D.J. Elzinga, R. de Lange & G.H. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Rapport Commissie Mulder 1985

A. Mulder, *Rapport van de Commissie Vereenvoudigde Afdoening Lichte Overtredingen van Verkeersvoorschriften*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985.

Rommelink 1996

D. Hazewinkel-Suringa, J. Rommelink (red.), *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Rijksen 1946

R. Rijksen, *Politieorganisatie en voorbereidend onderzoek*, Amsterdam: W. L. Salm & Co 1946.

Robert 1977

J.H. Robert, 'L'histoire des éléments de l'infraction', *Revue De Science Criminelle Et De Droit Pénal Comparé* 1977-1, p. 269-284.

Rossi 1829

P. Rossi, *Traité de droit pénal*, Brussel: Louis Hauman et Compagnie 1829.

Van Ruller & Faber 1995

S. Van Ruller & S. Faber, *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813. Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1995.

Van Ruller 1994

S. Van Ruller, 'Franse strafwetgeving in Nederland' in: R. Pieterman e.a. (red.), *Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 53-76.

Van Ruller 1987

S. Van Ruller, *Genade voor recht. Gratieverlening aan ter dood veroordeelden in Nederland 1806-1870* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: De Bataafsche Leeuw 1987.

Van Russen Groen 1998

P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Gouda: Quint, Sanders Instituut 1998.

Schooneveld 1855

M. Schooneveld, *Het wetboek van strafregt (Code pénal) met aantekeningen*, Amsterdam: M. Schooneveld & Zoon 1855.

Scholten 1899

P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. UvA), Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1899; Amsterdam: Paul Scholten Instituut 1999 (facs. uitg.).

Silvis 1987

J. Silvis, 'Maarten Pleun Vrij (1895-1955)', T.J. Veen en P.C. Kop (red), *Zestig juristen. Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1987, p. 351-356.

Simons 1885

D. Simons, 'Het schuldbegrip bij overtredingen', *Themis: Regtskundig Tijdschrift : Verzameling Van Bijdragen Tot De Kennis Van Het Publiek- En Privaatrecht* 1885, p. 25-62.

Simons 1884

D. Simons, 'Het schuldbegrip bij overtredingen', *Themis: Regtskundig Tijdschrift : Verzameling Van Bijdragen Tot De Kennis Van Het Publiek- En Privaatrecht* 1884, p. 550-584.

Van Sliedregt 2009

E. van Sliedregt, *Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Smidt 1892

H.J. Smidt & J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht: volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.*; Derde deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892.

Smidt 1891

H.J. Smidt & J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht : volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen, enz.*; Eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

Smis, Janssens e.a. 2011

S. Smis, C. Janssens, S. Mirgaux en K. van Laethem, *Handboek mensenrechten, De internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2011.

Soboul (1981) 1988

A. Soboul, *Korte geschiedenis van de Franse Revolutie*, Doetinchem: Uitgeverij Stichting Rapportage 1988 (La Révolution Française 1981, vertaald door H.F.A. Heimplaetzer).

Steenbrink en Westerbeke 1990

J.H.A. Steenbrink & F.K.G. Westerbeke, 'De risico-aansprakelijkheid van de kentekenhouder' in: H. de Doelder, L.J.J. Rogier & P.M. van Russen Groen (red), *De wet Mulder in perspectief, van strafrecht naar administratief recht*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Stefani & Levasseur 1970

G. Stefani & G. Levasseur, *Droit pénal général et procédure pénale*, deel 1, Parijs 1970.

Vanheule 2010

J. Vanheule, *Strafbare deelneming*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010.

Van Veen 1981

Th. W. van Veen, 'Wie reed te snel?' (art. 40 WVV) in: H. Franken e.a. (red), *Ad Personam, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ch. J. Enschedé ter gelegenheid van zijn zeventigste verjaardag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 335-344.

Vellinga 1982

W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982.

Vellinga & Vellinga-Schootstra 2013

W. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra, 'Voorbedachte raad en contra-indicatie?' in : J.W. Fokkens e.a. (red), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht. Liber amicorum A.J. Machielse*, Deventer: Kluwer 2013.

Verrest 2011

P.A.M. Verrest, *Raison d'être. Een onderzoek naar de rol van de rechter-commissaris in ons strafproces* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van der Vliet 1884

D. van der Vliet, *Dolus en culpa bij overtredingen* (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwil 1884.

Vrij 1932

M.P. Vrij, 'De eigenaar aansprakelijk voor den bestuurder', *Weekblad van het Recht* 1932, nr.12417, p. 8.

Vrij 1930

M.P. Vrij, 'Behoort in het Wetboek van Strafrecht een algemeen beginsel te worden opgenomen, waarbij de strafbaarheid wordt uitgesloten bij gebreke van schuld? Zoo neen, hoe kan dan worden tegemoet gekomen aan de bezwaren van het in het Wetboek ontbreken van zulk een algemeen beginsel?', in *Handelingen Nederlandsche Juristen Vereniging* 1930-I, 's-Gravenhage: Belinfante 1930.

Vrijland 1988

C.W.D. Vrijland, 'De negentiende eeuw – enkele grepen', J. van Soest e.a. (red), *De Hoge Raad der Nederlanden 1838-1988 Een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 32-60.

Wadham, Mountfield e.a. 2009

J. Wadham, H. Mountfield e.a., *Blackstone's guide to the Human Rights Act 1998*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Weersma & Polak 1950

W.J.M. Weersma en N.J. Polak, *De Wegenverkeerswet verklaard*, Groningen/Djakarta: J.B. Wolters 1950.

Wertheim 1860

J.F. Wertheim, *Verhandeling over de Nederlandsche politie-strafwetgeving* (diss. Utrecht), Utrecht: Gieben & Dumont 1860.

Van den Wyngaert

C. van den Wyngaert m.m.v. B. de Smet & S. Vandromme, *Strafrecht en strafprocesrecht. In hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2011.

Wijnveldt 1930

J. Wijnveldt, 'Behoort in het Wetboek van Strafrecht een algemeen beginsel te worden opgenomen, waarbij de strafbaarheid wordt uitgesloten bij gebreke van schuld? Zoo neen, hoe kan dan worden tegemoet gekomen aan de bezwaren van het in het Wetboek ontbreken van zulk een algemeen beginsel?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-vereeniging* 1930, Tweede stuk, 's Gravenhage: F.J. Belinfante 1930.

Zijlstra 1932

L.D. Zijlstra, "'Afwezigheid van alle schuld" bij overtredingen, in verband met artikel 32 van de Motor- en Rijwielwet', *Weekblad van het Recht* 1932, nr.12417, p. 8.

Jurisprudentie overzicht

Nederland

HR 17 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1964, *NJB* 2014/156 (Nijmeegse scooterzaak).

HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0399, *RvdW* 2013/721, *NJB* 2013/1447, *NJ* 2015/277 m.nt. Mevis (Leerplichtwet).

HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:963, *NJ* 2014/156 m.nt. Keulen (Twee messteken).

HR 22 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU2016.

HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2342, *NJ* 2012/518 m.nt. Keulen (Militair met rambo-mes).

HR 29 april 2008, *NJ* 2008/440.

HR 1 juni 2004, *NJ* 2005/252 m.nt. Knigge (Geervliet).

HR 8 mei 2001, *NJ* 2001/480.

HR 27 juni 2000, *NJ* 2000/605 (Voodoo).

HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997/199 m.nt. 't Hart (Porsche).

HR 24 mei 1994, *NJ* 1994/216 (Andere auto).

HR 15 juli 1993, *NJ* 1994/177 m.nt. Corstens (Zoon).

HR 29 juni 1993, *NJ* 1994/34 m.nt. Knigge.

HR 29 september 1992, *NJ* 1993/32, *VR* 1992/144 (Ziekenhuis).

HR 16 december 1975, *NJ* 1976/187 m.nt. Van Veen.

HR 21 november 1972, *NJ* 1973/123, m.nt. Bronkhorst.

HR 28 april 1970, *NJ* 1971/220, m.nt. Enschedé.

HR 3 juni 1969, *NJ* 1970/78.

HR 20 januari 1959, *NJ* 1959/102 m.nt. Pompe (Leeftijdarresten).

HR 19 oktober 1931, *W* 12401 m.nt. Vrij, *NJ* 1932, p. 765 m.nt. Pompe (Dordrechtse Autobusdienst).

HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 861, *W* 9958, m.nt. Simons (Water en melk).

HR 23 juni 1846, *Van den Honert Belastingen* 3, arrestnr. 109, p. 47-52 (Zakje zout).

HR 28 april 1846, *W* 768, *Van den Honert, Gemengde zaken* 4, p. 229 e.v. (Prijs mud rogge).

HR 10 februari 1846, *Van den Honert, Gemengde Zaken* 4, arrestnr. 142, p. 42-50 (Eénrichtingsverkeer).

HR 30 september 1845, *W* 657, p. 386 (Bolk c.s.).

HR 12 december 1843, *Van den Honert, belasting*, II, 56, p. 1 e.v., *W* 552 (Zoutzieder).

HR 8 februari 1842, *W* 293 (Te hard gebakken brood).

HR 16 november 1841, *Van den Honert*, *Strafrecht* 6, arrestnr. 336, p. 170 en 173 (Voortbomen langs de gracht).

Nederland andere instanties

Rechtbank Dordrecht 1 mei 1931, W 12409.

Provinciaal Gerechtshof Zuid-Holland, 6 November 1846, W 754, p. 2-3 (zaak Bosman).

Rechtbank Leiden, 10 januari 1843, W 432 (Zoutzieder).

Kantongerecht Den Haag, 12 augustus 1841, W 289.

Frankrijk

Cour d'appel de Amiens 22 april 1898, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public fondée par J.-B. Sirey*, 1899, deel 2, p. 1-2 m.nt. Roux, *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine du royaume en matière civile, commerciale et criminelle : ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales fondée par M. Dalloz en A. Dalloz*, 1899, deel 2, p. 329-331, m.nt. Josserand (Ménard).

Cour de cassation 9 oktober 1823, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1823 (T 28, Nr 10), arrestnr. 141, p. 397.

Cour de cassation 17 januari 1817, *Bulletin des arrêts de de la Cour de cassation, en matière criminelle*, 1817, arrestnr. 6, p. 18 (Chaussepied).

Cour de cassation 4 januari 1817, *Journal des Audiences de la Cour de cassation, en matière civile et criminelle* 1817, p. 20-21 (Philippe).

Cour de cassation 19 april 1816, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1816 (T 21, Nr. 4) p. 48-50 (Cadart).

Cour de cassation, 26 oktober 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1815, (T 20, Nr. 9), arrestnr. 59, p. 125-126 ook gepubliceerd in het *Journal des audiences de la Cour de cassation*, ou *Recueil des arrêts de cette cour, en matière civile et mixte*, 1816 gerapporteerd door Robert de Saint-Vincent, p. 213-214 (Bailly).

Cour de cassation, 26 oktober 1815, *Journal des Audiences de la Cour de cassation, en matière civile et criminelle*, 1816, p. 345 (Pigeon).

Cour de cassation 16 juni 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle*, 1815 (T 20, Nr. 6), arrestnr. 39, p. 75-77.

Cour de cassation 9 februari 1815, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle*, 1815 (T 20, Nr. 2), arrestnr. 9, p. 16-17 (Pepin en de Noissettes).

Cour de cassation 8 november 1811, *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation rendus en matière criminelle*, 1811, nr. 7, arrestnr. 149, p. 298.

Cour de cassation, 17 mei 1811, *Recueil général des loi set des arrêts arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public fondée par J.-B. Sirey* (1e serie 1791-1811, 3e deel 1809-1811), 1843, p. 349.

Verengid Koninkrijk

House of Lords, 18 juni 2008, [2008] UKHL 37 (R. v. G.).

England and Wales Court of Appeal, 12 april 2006, [2006] EWCA Crim 821 (R. v. G.).

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 12 juli 2013, appl.nr. 25424/09, *Reports of Judgments and Decisions 2013* (Allen tegen Verenigd Koninkrijk).

EHRM 8 maart 2012, appl.nr. 14166/09 (Célice tegen Frankrijk).

EHRM 30 augustus 2011, appl.nr. 37334/08 (G tegen het Verenigd Koninkrijk), NJ 2012/469 m.nt. Schalken, EHRC 2011/167 m.nt. Ten Voorde.

EHRM 30 juni 2011, appl.nr. 30754/03 (Klouvi tegen Frankrijk), EHRC 2011/134 m.nt. Witteman.

EHRM 20 januari 2011, appl.nr. 52131/07 (Haxhishabani tegen Luxemburg), NJ 2012/272 m.nt. Keijzer.

EHRM 18 maart 2010, appl.nr. 13201/05 (Krumpholz tegen Oostenrijk).

EHRM 29 juni 2007, appl.nrs. 15809/02 en 25624/02, *Reports of Judgments and Decisions 2007-III* (O'Halloran en Francis tegen het Verenigd Koninkrijk).

EHRM 2 juni 2005, appl.nr. 50372/99 (Goktepe tegen Beligē).

EHRM 28 april 2005, appl.nr. 41604/98, *Reports of Judgments and Decisions 2005-IV* (Buck tegen Duitsland).

EHRM 19 oktober 2004, appl.nr. 66273/01, *Reports of Judgments and Decisions 2005-IV* (Falk tegen Nederland), NJCM 2005, p. 440-443 m.nt. Van Kempen.

EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97 (Weh tegen Oostenrijk).

EHRM 30 maart 2004, appl.nr. 53984/00, *Reports of Judgments and Decisions 2004-II* (Radio France e.a. tegen Frankrijk).

EHRM 9 oktober 2003, appl.nrs. 39665/98 en 40086/98, *Reports of Judgments and Decisions 2003-X* (Ezeh en Connors tegen het Verenigd Koninkrijk).

EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 34619/97, *Reports of Judgments and Decisions 2002-VII* (Janosevic tegen Zweden).

EHRM 23 juli 2002, appl.nr. 36985/97 (Västberga Taxi Aktibolag en Vulic tegen Zweden) BNB 2003/2 m.nt. Feteris.

EHRM 25 september 1992, appl.nr. 13191/87, A-serie 243 (Pham Hoang tegen Frankrijk).

EHRM 6 december 1988, appl.nr. 10590/83, *A-serie 146* (Barberà, Merengué en Jabardo tegen Spanje).

EHRM 7 oktober 1988, appl.nr. 10519/83, *A-serie 141A* (Salabiaku tegen Frankrijk), NJ 1991/351 m.nt. Alkema.

EHRM, 12 februari 1985, appl.nr.9024/80, *A-serie 89* (Colozza tegen Italië).

EHRM 21 februari 1984, appl.nr. 8544/79, *A-serie 73* (Öztürk tegen Duitsland).

EHRM 8 juni 1976, appl.nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, *A-serie 22* (Engel e.a. tegen Nederland).

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

ECRM, 16 april 1986, *D.R.* 46, p. 106 (ontvankelijkheidsbeslissing Salabiaku tegen Frankrijk), p. 106 e.v.

ECRM 26 mei 1975, appl.nr. 6170/73, *D.R.* 5, p. 39, NJ 1975, 508 m.nt. Van Veen (Winterwerp tegen Nederland).

Curriculum Vitae

Eva van Luijk werd op 22 november 1983 geboren in Delft. Ze studeerde Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en in 2007 behaalde zij haar bul met de Onderzoeksmaster 'Functionaliteit van het recht'. De stage bij de vakgroep Strafrecht & Criminologie leidde tot een onderzoeksvoorstel. Dat project vormt de basis voor dit proefschrift. Naast haar promotieonderzoek verzorgde Eva onderwijs op het gebied van het strafrecht.